



EL CONSTITUCIONALISMO ALEMÁN: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle

Juan José Díaz Guevara (*)

Cuestiones Preliminares: Nociones y aportes del Derecho Constitucional Alemán

De manera amplia, el derecho constitucional se define como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos. De manera restringida se podría definir como el derecho que estudia la constitución, entendida esta a la vez como Pacto Político de base y norma fundamental. Esta definición pretende descartar toda actividad arbitraria en el ejercicio del poder. Es el símbolo del estado de derecho que caracteriza la sociedad moderna y que se traduce en la sumisión del estado al derecho. Se hace así diferente con el antiguo régimen despótico marcado por ilimitado poder del monarca. Por ello la constitución se interpreta contemporáneamente como un sistema de normas que contienen los principios reguladores del estado, su estructura, el poder público y su ejercicio y garantiza a los ciudadanos sus derechos básicos y garantías sociales, dentro de un marco político, económico y jurídico.¹

Es innegable que una de las fuentes del Derecho constitucional, constituye la doctrina – derecho comparado. Dentro de este contexto, “la influencia del derecho comparado es evidente en numerosas instituciones de nuestro derecho constitucional. Del Derecho Alemán procede la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, el iusnaturalismo latente en la concepción de los derechos y libertades, o las garantías jurídicas de los mismos, especialmente en

(*) Magíster. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público. Funcionario Público. Docente Universitario. E-mail: JDiaz@mintc.gob.pe

¹ **BETANCOR, MONTOYA, PELÁEZ y BOTERO:** “Derecho Constitucional General” 2da Edición. Medellín, 2006, pp. 275

el contenido esencial de los derechos fundamentales. También algunas restricciones al parlamentarismo, como la moción de censura constructiva y buena parte del sistema de justicia constitucional. Igualmente algunas normas de la distribución territorial del poder, proceden del modelo federal alemán”²

La constitución de Weimar, nacida tras la derrota en la Primera Guerra Mundial, lleva tras de sí la estela de un intenso movimiento de afirmación nacional alemana que la constitución reflejó con un grado muy alto de uniformidad. Como ya apuntó R. Thoma, la estructura federal de Weimar era muy frágil. La cuestión “Prusia” siguió planeando durante todo periodo constitucional hasta la intervención del Reich de Prusia, que vino a ser un anticipo de la propia destrucción del orden constitucional alemán. En el texto de la constitución la preponderancia de los factores unitarios era muy clara. A disposición del Reich estaban prácticamente todas las materias. El Reich disponía de la legislación de principios (“Gesetzgebung Grundsätze”) en otras y de la probabilidad de dictar leyes siempre que lo demandara el bienestar general, la protección del orden público y la seguridad. La Conclusión fue una práctica uniformidad legislativa. En el orden administrativo tampoco existía una garantía real para los Lânder quienes ejecutaban las leyes del Reich. Por último la irreal configuración del Presidente de la república como guardián de la constitución manifestaba en el orden federal en la atribución de poderes para obligar a los Lânder con ayuda de las fuerzas armadas a cumplir con las obligaciones que la constitución o las leyes del Reich imponían, implicaba también el predominio de las ideas descentralizadoras. Tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial y la posterior división de Alemania, el proceso de formación de un nuevo estado, reducido a las zonas ocupadas por las potencias occidentales, tiene en la aldea federal un importante punto de apoyo. Muchos factores jugaban a favor de la estructura federal. En primer lugar y muy destacadamente, el hecho de que los aliados creyeran firmemente de que el federalismo podría suponer un elemento de equilibrio en el futuro estado y una garantía de pervivencia del sistema democrático. Segundo el hecho de la desaparición de Prusia facilitaba la creación de un nuevo orden federal. Tercero, la no coincidencia entre los antiguos Lânder y las zonas de ocupación, a excepción de Baviera. Cuarto, la propia tradición federal alemana que las nuevas fuerzas políticas asumen.

² **GARCÍA CUADRADO, Antonio:** “El Ordenamiento Constitucional: un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes del Derecho” 1ra Edición. Editorial Club Universitario. Alicante, 2002, pp. 145

Alemania no ha conocido, con la sola excepción del periodo nazi, otro sistema de organización del poder que el federal. Esa caracterización no desaparece radicalmente en el nuevo escenario político que se abre tras la Ley Fundamental de Bonn.³

En los que respecta al constitucionalismo Alemán, desde el periodo de vigencia de la Constitución de Weimar a la Ley Fundamental de Bonn y hasta nuestra fecha, han marcado un hito doctrinario las ideas vertidas por destacados juristas; entre ellos: Herman Heller, Carl Schmitt y Rudolf Smend; autores cuyas ideas centrales tuvieron como base el pensamiento iniciático sobre este rubro impulsado por el gran Hans Kelsen.

1.- La constitución en la Obra de Hans Kelsen:

Como es ampliamente conocido, en la historia de las ideas jurídicas, sólo en el siglo XX apareció un verdadero esquema de control de constitucionalidad de leyes europeo: el Tribunal Constitucional ideado por Hans Kelsen. A diferencia del diseño americano que había comenzado a moldearse desde el siglo precedente, Kelsen, propuso que el control de constitucionalidad quedara concentrado en las manos de un órgano creado específicamente para “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”⁴

Es decir: para garantizar que la creación y aplicación de las normas jurídicas se ajustara a lo establecido por la constitución. El razonamiento de Kelsen era, en términos muy generales, el siguiente:

- a) La creación (legislación) y la aplicación (ejecución) no son funciones estatales coordinadas sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho ya que la constitución establece las reglas que deben observarse durante la producción normativa.
- b) Esta producción también representa un acto de aplicación de la constitución.
- c) Se debe garantizar la constitucionalidad de las leyes para proteger a la constitución; de lo contrario, el legislador,

³ **BAÑO LEÓN, José María:** “Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida”. Editorial Instituto Nacional de Administración Pública. México 1988, pp 51-52

⁴ **KELSEN, Hans:** La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en Escritos sobre Democracia y el socialismo, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 109.

usando sus facultades, podría rebasar persistentemente los límites constitucionales.

No obstante, según Kelsen, la libertad del legislador “no (estaría) sometida más que a limitaciones relativamente débiles, (porque) su poder de creación es relativamente grande”⁵

Según Kelsen la constitución debía ser objeto de protecciones porque representaba la estabilidad del estado pero no porque tuviera un contenido normativo particular. De hecho, en principio, la propuesta kelseniana no estaba dirigida a la protección de los derechos fundamentales: la constitución podía perfectamente no contemplar estos derechos y seguir siendo la norma suprema del ordenamiento. El verdadero valor que debía protegerse era la estabilidad constitucional. Kelsen no desconocía (ni objetaba) que algunas constituciones modernas “contienen no solamente reglas sobre los órganos y procedimientos de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales”⁶ y aceptaba que, en esos casos, la constitución trazaba “límites de contenido a las leyes futuras”⁷ por lo que la inconstitucionalidad podía declararse por razones de contenido. Pero esto no significaba que Kelsen promoviera un control de constitucionalidad ‘material’ como el que se había impuesto en los Estados Unidos. Para Kelsen, toda ‘inconstitucionalidad material’ se reducía a una ‘inconstitucionalidad formal’ porque la constitución podía ser reformada con la finalidad de incorporar el contenido de la ley (que hasta ese momento era inconstitucional) o con la intención de abrogar la norma constitucional en la que se fundaba la inconstitucionalidad. Por este camino cualquier ley (con cualquier contenido) podía ajustarse a la constitución. Como podemos ver, en la teoría kelseniana, la constitucionalidad ‘material’ de una norma depende del contenido contingente de la constitución y no de la existencia de algunos bienes constitucionalmente protegidos por su

⁵ **KELSEN, Hans:** La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. Cit. Pp. 111

⁶ **KELSEN, Hans:** La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. Cit. Pp. 115

⁷ Ibidem.

importancia particular. Los derechos fundamentales existen, si y sólo si, la constitución los establece como tales. Lo mismo vale para los principios constitucionales como la justicia, la libertad, la igualdad, etc.: sólo adquieren significado cuando la constitución los contempla pero, incluso en este caso, “no añaden nada a la realidad efectiva del derecho”. Kelsen no defiende una concepción ‘axiológica de la constitución’ que supondría, entre otras cosas, limitaciones materiales al poder de reforma constitucional⁸. Ciertamente el Tribunal Constitucional es una autoridad suprema, facultada para anular las normas que entran en contradicción (formal y/o material) con la constitución, pero los contenidos constitucionales no son inmodificables.

El Tribunal es necesario porque de otra forma sería imposible garantizar la supremacía de la constitución: “sería una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional”. Sólo el Tribunal puede garantizar la vigencia de la constitución independientemente de la voluntad y de las características del órgano que produce las leyes.

El propio Kelsen se da cuenta de que sus argumentos se topan con las objeciones que, en su momento, enfrentó la lógica del juez americano Marshall:

- a) Los peligros que el control de constitucionalidad podría suponer para la división de poderes;
- b) Una preocupación democrática que impugnaba la legitimidad de los límites impuestos por la constitución (y por los intérpretes) a la voluntad del legislador democrático.

Para sortear la primera objeción, Kelsen argumentó que el Tribunal Constitucional no pertenece al poder judicial por lo que, al menos en su teoría, se trataba de un esquema sustancialmente distinto del americano. Según su razonamiento, el órgano de control constitucional realiza una función legislativa en sentido negativo: “anular una ley es

⁸ La concepción axiológica de la ‘constitución’ parte de la premisa de que el documento constitucional tiene, en sí mismo, un “valor positivo y normativo”. Se trata de una concepción fuertemente vinculada con el ideal del constitucionalismo en su versión contemporánea: el valor obligatorio de la constitución reposa en la convicción del predominio axiológico de los derechos individuales sobre el estado. Cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaética due*, Giappichelli, Torino, 1986.

dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por lo tanto, una función legislativa”. De esta forma, al ejercer una función legislativa, el Tribunal Constitucional es un órgano del Poder Legislativo que no contradice la separación de poderes. Además los poderes de este ‘legislador negativo’ se encuentran estrictamente limitados por la propia constitución.

No olvidemos que para Kelsen la constitución es solamente un instrumento técnico. Para responder a la segunda objeción, Kelsen argumenta que el control de constitucionalidad no afecta a la democracia porque, en realidad, es una condición para el desarrollo de la misma.

Su tesis es que la constitución constituye un instrumento para proteger a las minorías políticas: éstas cuentan con la facultad de impugnar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la mayoría. Por lo mismo, con sus propias palabras: “la justicia constitucional se presenta –en última instancia– como una garantía de paz política en el interior del estado”.

Pero ¿en dónde queda el principio democrático de autonomía política que se expresa en las decisiones de la mayoría parlamentaria?; ¿qué sucede en los casos en los que una ley (posteriormente declarada) inconstitucional haya sido aprobada por una amplísima mayoría de los representantes populares?; ¿acaso –como nos diría Thomas Hobbes- el órgano que tiene la última palabra no es el verdadero ‘soberano’? Estas y muchas otras preguntas quedan fundamentalmente sin respuesta en la teoría kelseniana. Aunque ello no implica que, al menos en el fondo, dichas preocupaciones no estuvieran presentes en sus reflexiones: los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad –nos advierte– “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”¿Por qué motivo?

La respuesta la ofrece el propio Kelsen: porque “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”. Por este camino la postura de la mayoría de los jueces podría contradecir a la de la mayoría de los representantes y el Tribunal Constitucional se convertiría en el

legislador positivo. Por ello, Kelsen recomienda categóricamente “abstenerse de todo este tipo de fraseología” controvertida en las constituciones. De lo contrario está en peligro la certeza del derecho y también la democracia.

Estas premisas sobre la justicia constitucional sirven para explicar algunas tensiones y aporías en la teoría de Hans Kelsen cuando observamos su obra desde el mirador de sus escritos sobre la democracia.

Así como la Constitución de la República de Weimar puede ser considerada el primer ejemplo histórico de una democracia constitucional, la obra de Kelsen puede asumirse como la primera teoría que se ocupó de los dos sistemas que integran al modelo, el constitucionalismo y la democracia, en su versión contemporánea. Sin embargo, Kelsen, estudió al estado constitucional y a la democracia política por separado y, en un cierto sentido, de forma independiente. De hecho, mientras la teoría general del derecho kelseniana es netamente descriptiva y pretende valer para cualquier ordenamiento; la teoría de la democracia resulta ser prescriptiva y sumamente exigente. Kelsen, no escribió una teoría de la democracia constitucional sino dos teorías paralelas que, al ponerse en contacto, evidencian muchos de los problemas teóricos que aquejan a esta complicada forma de gobierno. En las palabras de Anna Pintore, el jurista austriaco no “afrontó expresa y sistemáticamente el problema de conciliar los dos polos en perenne tensión al interior de este modelo: la soberanía popular y la constitución, la democracia y los derechos, la autonomía pública y la autonomía privada”⁹.

Para comprobar esta afirmación procederé a recuperar algunas tesis generales de su teoría constitucional y democrática para ponerlas en contraste.

Como ya hemos advertido, para Kelsen, los procedimientos de creación normativa son fundamentales: la validez de las normas jurídicas depende de la forma en la que fueron creadas y no de su contenido. Kelsen concibe al estado como un ordenamiento jurídico centralizado (el derecho es el fundamento del poder y no viceversa) que tienen su última fuente de validez en una norma hipotética fundamental

⁹ A. Pintore, “Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico” en *Sociologia del Diritto*, 2, 1999. Cfr. También de esta misma autora A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

(*Grundnorm*) que no es una norma ‘puesta’ sino ‘presupuesta’. Más allá de los múltiples debates académicos que ha generado esta idea kelseniana, lo cierto es que la *Grundnorm* otorga validez a la constitución que, a su vez, contiene las normas que regulan la producción jurídica. Por lo mismo, la constitución es la norma positiva suprema del ordenamiento, cuya validez no depende (al menos no necesariamente) de un poder constituyente (más o menos democrático) sino de una norma ‘hipotética’ y cuya función esencial es autorizar a los órganos estatales para producir las demás normas del ordenamiento. Conviene, de nueva cuenta, subrayarlo: la función primordial de la constitución kelseniana no es la protección de los derechos fundamentales sino regular la creación de normas jurídicas (que pueden tener cualquier contenido) y que son necesarias para garantizar el orden y la paz sociales. En una frase: el ‘estado de derecho’ kelseniano es un estado regulado por el derecho y no un estado vinculado por los derechos. En este contexto, la función de los órganos legislativos, judiciales (e, incluso, ejecutivos) facultados para producir e interpretar las normas jurídicas es total: son ellos quienes determinan el contenido de las normas.

Todas estas tesis que recogen el núcleo de la teoría jurídica kelseniana no son fácilmente compatibles con su concepción democrática. También en este caso me limito a recoger algunas ideas elementales. El punto de partida de las reflexiones kelsenianas sobre la democracia es el relativismo filosófico: en el plano del conocimiento las verdades éticas y científicas siempre serán relativas. Con sus palabras: “El antagonismo entre absolutismo y relativismo filosófico (...) es análogo al antagonismo entre autocracia y democracia que representan respectivamente al absolutismo y al relativismo políticos”¹⁰. La dicotomía democracia/autocracia es una clave para entender la teoría kelseniana: la democracia es el mecanismo para adoptar decisiones de una colectividad que reconoce a la laicidad –entendida como el diálogo entre individuos y grupos recíprocamente tolerantes– como el valor supremo, mientras que la autocracia es la forma de gobierno que corresponde a una colectividad que se reconoce en un conjunto de principios dogmáticamente aceptados; la democracia se basa en la participación de los individuos en el procedimiento de producción legislativa, la autocracia, en

¹⁰ **KELSEN, Hans:** “La democrazia”, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 195.

cambio, se funda en su exclusión; la democracia se funde con el principio de autonomía y la autocracia con el principio de heteronomía. De hecho, me atrevo a sostener que, cuando nos habla de la democracia, Kelsen es un autor ‘rousseauiano’. Por ejemplo, ante el enfrentamiento entre la libertad negativa y la libertad positiva no duda en inclinarse por la segunda: “la ‘libertad del individuo (...) se revela irrealizable y termina en un segundo plano; mientras que la libertad de la colectividad la reemplaza en el primero’”¹¹. Kelsen no desconoce que la democracia moderna necesita del liberalismo político pero, en el plano teórico, reconoce que “incluso si la extensión de poder del estado sobre el individuo fuera ilimitada y con ello la libertad individual completamente aniquilada (...) la democracia seguiría siendo posible (siempre que dicho poder fuera creado por lo individuos que se someten al mismo)”¹².

Como podemos observar la concepción de la democracia kelseniana reivindica el valor de la autonomía política hasta su máxima extensión posible. Sin embargo, él mismo reconoce que la autodeterminación extrema es incompatible con el ordenamiento social: si todos nos gobernamos a capricho el destino del grupo social sería la anarquía. Por ello acepta que la libertad política se limite mediante la regla de mayoría y el principio de representación. El principio mayoritario permite una empresa difícil: limitar la autodeterminación individual pero asegurando el mayor grado de libertad política posible. Pero, como ha advertido Norberto Bobbio¹³, para Kelsen, la regla de mayoría no es un simple instrumento técnico: “es una síntesis de las ideas de libertad y de igualdad”. La dialéctica mayoría/minoría es fundamental en la teoría de la democracia kelseniana y debe superarse mediante un ‘compromiso’ que permita “colocar en un segundo plano lo que (separa ambos grupos) en favor de lo que los une”. También la representación política es inevitable y constituye una limitación de la autodeterminación política de los ciudadanos. Para atenuar este mal necesario e inevitable, Kelsen, se inclina abiertamente por un modelo de democracia parlamentario y proporcional que permite la máxima expresión posible de la autonomía política de los ciudadanos. El reto está en aumentar las

¹¹ *Ivi.*, p. 53.

¹² *Ibidem*

¹³ **N. Bobbio**, “La regla de mayoría: límites y aporías” en Fernández Santillán (comp) Norberto Bobbio: el filósofo y la política, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 254-277.

condiciones para que el peso de cada votante sea el mismo: a cada cabeza un voto y a cada voto un peso igual. Tanto el principio de mayoría como la representación política se fundan en reglas jurídicas pero esto no es suficiente para acomodar satisfactoriamente las piezas de su concepción del ordenamiento jurídico con su teoría de la democracia. Veamos.

En la teoría del derecho kelseniana, la constitución democrática solo es una de las constituciones posibles. Y está lejos de ser la menos problemática. La teoría del ordenamiento jurídico no presupone ni favorece una idea política en particular, ni un determinado conjunto de valores: el estado jurídico en cuanto tal no es ni un estado liberal ni un estado democrático. De hecho, como he adelantado, siguiendo las tesis de la teoría pura del derecho, la constitución puede recoger legítimamente cualquier contenido y los mecanismos destinados a protegerla (particularmente el Tribunal Constitucional) buscan proteger el orden y la paz social pero no (salvo cuando la constitución lo establece expresamente) garantizar ciertas libertades individuales. No sólo. En el caso de las constituciones que incorporan derechos fundamentales sabemos que éstos constituyen una condición de legitimidad constitucional pero no implican limitaciones sustanciales a la facultad del poder de reforma constitucional: los derechos no son un “núcleo inmodificable”.

Hasta este punto el relativismo axiológico de Kelsen concuerda perfectamente con su concepción del ordenamiento jurídico ya que su idea de constitución no representa un mecanismo orientado (al menos no necesariamente) hacia la garantía de los derechos fundamentales. Pero los problemas aparecen cuando invertimos la perspectiva y observamos el ordenamiento desde la lupa de la democracia. Ciertamente para Kelsen la democracia está estrechamente emparentada con el relativismo axiológico pero él mismo nos dice que “si la democracia es sobre todo una *forma* de estado o de gobierno, debemos tener presente que el antagonismo entre forma y sustancia o entre forma y contenido es solamente relativo y que una misma cosa puede parecer forma desde un punto de vista y contenido o sustancia desde otro”. Kelsen parece referirse únicamente al ‘contenido’ de las reglas de procedimiento y no al ‘contenido sustancial’ de las normas que son producidas a través de las mismas: a los principios que permiten que la democracia sea posible. Pero estos principios,

según su propia teoría, no son meros procedimientos sino valores con un contenido preciso: las libertades naturales, la tolerancia, los derechos de las minorías, etc. Como lo advierte Garzón Valdés: “el punto de partida de la defensa que Kelsen hace del parlamentarismo es la aceptación de dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad”¹⁴. Valores que, como hemos visto, también reposan detrás de su concepción de la regla de mayoría. Por este camino el relativismo axiológico se topa con sus propias limitaciones: “el relativismo filosófico exige una restricción de la libertad a través de una ley bajo la cual todos los sujetos sean iguales”. Son muchos los autores, como Mauro Barberis, Albert Calsamiglia, Elías Díaz y el propio Garzón Valdés, que coinciden en que el relativismo ético de Kelsen no es absoluto sino relativo. La democracia kelseniana es posible cuando el relativismo ético es relativo porque debe existir “una base de valores comunes o, al menos un *overlapping consensus*, para que la discusión y la votación tengan sentido”. De hecho, si observamos con atención tenemos que la inclinación hacia la democracia –aunque sea ‘formal’– como la forma de gobierno más deseable, pone en crisis la actitud relativista y axiológicamente neutral que el propio Kelsen presumía abrazar. Se trata de una elección ideológica que está necesariamente ligada a un conjunto de valores civiles y políticos que corresponde al núcleo de derechos fundamentales que hacen posible a la democracia. El problema es que, regresando a su teoría pura del derecho, tenemos que Kelsen no nos ofrece mecanismos para garantizar estos contenidos mínimos que ‘relativizan’ su ‘relativismo’ y que permiten el desarrollo de los procedimientos democráticos. Si la constitución puede reformarse sin limitaciones materiales y el propio Kelsen sugiere que no debemos no constitucionalizar principios morales ‘ambiguos’: ¿Cómo podemos garantizar la vigencia permanente de las libertades naturales, de la tolerancia, de los derechos de las minorías, etcétera?

Conviene insistir: la constitución kelseniana (independientemente de si es o no una constitución democrática) carece de un ‘núcleo inmodificable’. Siguiendo los procedimientos de creación normativa constitucionales sería perfectamente legítimo crear normas que nieguen los

¹⁴ E. Garzón Valdés, Derecho, Ética y Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 636.

principios que dan sustento a la democracia formal. En breve: Kelsen, no puede ‘blindar’ las libertades y los derechos que constituyen las precondiciones de la democracia. Para colmo, tampoco la democracia es una garantía frente a sí misma. El propio Kelsen nos dice que los principios –de mayoría y de representación– que limitan a la democracia son meramente formales y, aunque sostuvo que la democracia no puede separarse del liberalismo, también afirmó que se podría seguir hablando de democracia incluso cuando las libertades individuales fueran completamente aniquiladas. La contradicción es notable y no encuentra respuesta en la obra kelseniana. Esto (al menos en parte) puede explicarse porque el autor no analizó con detenimiento la tensión que atraviesa a los tipos de libertad (negativa y positiva) y debe superarse para que la democracia constitucional sea posible. Al presuponer que la autodeterminación es la mejor garantía de las libertades, Kelsen pasa por alto un problema relevante: la tensión que existe entre los derechos fundamentales (entendidos como límites a las decisiones colectivas) y el principio de autogobierno que él mismo reconoce como fundamento de la democracia. ¿Si los dos únicos límites al principio de autogobierno –la representación y la regla de mayoría– son formales, cómo podemos proteger a los derechos fundamentales? Lo que sucede es que, como bien ha advertido Pintore, Kelsen, descuida el polo de la tensión que inclina el modelo democrático constitucional hacia los derechos fundamentales. Su problema radica en que, por un lado no está dispuesto a reconocer límites materiales a las decisiones legalmente adoptadas pero, por el otro, incluso en los márgenes de su teoría, la democracia constitucional no es posible sin garantizar (algunos) derechos fundamentales. Kelsen recurre a una puerta falsa: apostar por la práctica del ‘compromiso político’ que, aunque nos pueda parecer deseable, sólo desde la ingenuidad constituye una garantía efectiva de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tampoco nos resuelve el problema. De hecho, Kelsen sólo analiza superficialmente dos problemas fundamentales:

- a) La garantía de los derechos a cargo de este tribunal;
- b) Las dificultades que esta garantía acarrearía para la teoría democrática. La ausencia de una reflexión a fondo del segundo problema es consecuencia de las deficiencias con

las que aborda el primero: si los derechos no constituyen un ‘núcleo inmodificable’ que debe ser garantizado por el Tribunal Constitucional, no emerge el peligro de un enfrentamiento directo entre el legislador positivo y el tribunal. Además, según su teoría, se supone que la actuación de este último está rigurosamente limitada por la constitución. Pero el problema existe e implícitamente Kelsen lo reconoce cuando advierte el peligro que puede conllevar la constitucionalización de principios abstractos referidos a valores. Su temor ya ha sido destacado: la ambigüedad y vaguedad de las normas de principio puede degenerar en un poder excesivo en manos de los jueces y por ello es deseable una constitución de ‘detalle’.

De ahí que la respuesta que da Kelsen a la objeción democrática que cuestiona la legitimidad de la justicia constitucional sea insatisfactoria: su idea del legislador negativo no soluciona el problema real de la transferencia de poder desde las manos de los legisladores democráticos hasta los jueces constitucionales. La sola propuesta de que las minorías recurran a la justicia constitucional para impugnar las decisiones mayoritarias acarrea un enorme poder en las manos de los jueces: no sólo son los custodios de la constitución sino también los árbitros del proceso político. Ello a pesar de su dudosa legitimidad democrática¹⁵.

2.- La Constitución según Herman Heller:

Jurista alemán. Después de ejercer como profesor en Kiel, Liepzig y Berlín, y tras la victoria del nazismo, se refugió en España, donde se dedicó a la docencia en Madrid. Precursor de las corrientes sociológicas en el derecho constitucional, sus obras más destacadas son La soberanía (1929), Las ideas políticas contemporáneas (1930) y Teoría del Estado (1934).

Para Heller la Constitución de un Estado coincide con la organización del mismo, en la medida en que esta es producida por una actividad humana consciente, es el reflejo de una situación política real, renovada constantemente mediante actos de voluntad.

Los contenidos de la Constitución incluyen tanto la Constitución normada como la no normada. La Constitución

¹⁵ El propio Kelsen enfrentó este problema y propuso mecanismos especiales para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional en los que el Parlamento tendría una participación activa.

normada u organizada, está normada por el derecho, establecido de forma consciente y asegurado en el texto constitucional. En definitiva, para Heller la Constitución es un todo, no es posible separar el ser del deber ser; la Constitución política es un ser formado por las normas. Ella es permanente en la medida en que existe la probabilidad de repetición de la conducta de los miembros de la sociedad (la normalidad normada), la que a su vez importa la constante renovación de la voluntad que forma la Constitución.

La normalidad de la conducta no es sólo normada, hay una regla de previsión, que permite precisamente predecir que una persona o un grupo de personas se comportarán como lo han hecho con anterioridad bajo circunstancias similares, lo que hace posible la convivencia humana.

Se trata de una normalidad empírica, que deriva de causas naturales, y sirve de base a la Constitución del Estado. Es un contenido parcial de la Constitución que debe ser reforzada y complementada con la normalidad normativa.

Las normas constitucionales jurídicas son formuladas, promulgadas y aplicadas por los órganos del Estado. Para que estas normas tengan validez deben complementarse con los elementos constitucionales no normados y por los normados no jurídicos, es decir, los principios de derecho.

Nogueira y Cumplido sostienen que resumiendo, podemos decir que para Heller “el problema constitucional radica en las relaciones entre la normalidad y la normatividad”¹⁶.

El debate sobre las garantías de la normatividad de la Constitución surge precisamente cuando el constitucionalismo liberal se ve conmocionado por la irrupción del principio democrático en forma de sufragio universal. Ello nos conduce a la época de entreguerras, que vio nacer las grandes construcciones teóricas que aún hoy orientan la ciencia del Derecho constitucional. Muy especialmente fructífero resultó el ambiente de la República de Weimar (1919-1933), donde cabe destacar la transcendencia de cuatro autores: Heller, Kelsen, Schmitt y Smend. Los cuatro procuran dotar de consistencia teórica a la tarea de *hacer compatibles democracia de masas y régimen económico capitalista*,

¹⁶ Nogueira Alcalá., Humberto y Cumplido Cereceda, Francisco: Instituciones políticas y Teoría Constitucional, Tomo II, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001. p. 32

formando unidad política conforme a Derecho. Hermann Heller acuñó el concepto del *Estado social de Derecho*, y su comprensión de los presupuestos materiales y culturales de la homogeneidad social como condición del proceso democrático fue pronto asumida como *enseñanza* de la guerra mundial y convertida en dogma por la Ley Fundamental del Bonn.

Por otro La expresión *Estado Social de Derecho* aparece en el período de la República de Weimar y concretamente en el pensamiento de Hermann Heller. En su artículo titulado *¿Rechtssaar oder Diktatur?*¹⁷ concibió el Estado de Derecho desde lo social por oposición a la visión liberal, considerada de forma generalizada como ineficiente y caduca, y frente a las formulaciones totalitarias del incipiente Estado nacionalsocialista.

Cuando Heller introdujo el adjetivo social a la fórmula clásica de Estado de Derecho, dada la crisis en que se encontraba éste, situó la discusión en el punto medio entre el formalismo puro y normativista de Kelsen y el decisionismo absoluto de Carl Schmitt, y lo hizo con el propósito de restablecer su contenido original.

Así, entonces, el Estado Social de Derecho articula las ideas de razón, de justicia y de seguridad jurídica que orientó la lucha de la burguesía contra el absolutismo monárquico, con las reivindicaciones que venían formulando las organizaciones sociales y de trabajadores sobre la necesidad de mejorar sus condiciones de vida, garantizar la participación en los procesos decisorios y en la búsqueda de justicia real que restableciera las condiciones de equidad económica y social perdidas.

La causa o razón que origina el nacimiento de una Constitución varía de acuerdo con las circunstancias; de todas maneras, su origen determina la formación de un Estado y las particularidades de éste. Al respecto, el tratadista alemán Hermann Heller señala: “La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana, consciente, y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o

¹⁷ HELLER, Hermann. “¿Rechtssaar oder diktatur?”, Citado por MEIL LANDWERLEIN, Gerardo. El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth. Dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 42. Madrid, 1984, p. 213

estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana.”¹⁸

En su obra titulada *Teoría del Estado*, este destacado tratadista alemán señala que la permanencia de la Constitución obedece a que se da “la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución de la conducta de los miembros, pero además es una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido”.¹⁹

En su obra *Estudios constitucionales*, Jorge Carpizo²⁰ afirma que el citado tratadista maneja un solo concepto de Constitución, pero con diversos matices:

- ✓ **Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad**, determinado éste como la conducta o forma de la cooperación de los entes de una comunidad.
- ✓ **Constitución jurídica destacada**: “no es una estructura conformada por normas, no es un ser, sino un deber ser, es la emancipación de un contenido de significación de la realidad social, que luego puede ser recogida en otras actuaciones y revividas en ellas”.
- ✓ **Constitución escrita**: “en esta noción, Heller -afirma Carpizo- se refiere al concepto relativo de Schmit. Se entiende por Constitución un folleto determinado que contiene una serie de artículos”. Cualquier cambio violento del poder requiere que la declaración del derecho se haga necesariamente por escrito, “y la Constitución moderna no se caracteriza por la forma escrita, sino por la circunstancia de que la estructura total del Estado debe estar plasmada en un *documento escrito único*”

Así, para muchos, Herman Heller elaboró una teoría del Estado que tuvo en cuenta la fenomenología, es decir, el análisis sociológico de los aspectos fácticos que fundamentan la creación de instituciones.

¹⁸ **Heller, Hermann**: Teoría del estado, Fondo de Cultura de Económica, México, 1977, pp. 267-268.

¹⁹ **Heller, Hermann**, op, cit. p. 269

²⁰ **Carpizo, Jorge**: Estudios constitucionales, UNAM, México, 1980, p. 290

Por lo manifestado, podemos apreciar que, Heller, establece que el derecho constitucional es una ciencia de la realidad, de la realidad social, de la realidad socio-jurídica. Para él, la **constitución es una norma jurídica efectiva, destacada y escrita.**

Es una norma Efectiva porque en ningún otro como en el de la constitución existe otra norma jurídica que tome su contenido de la realidad y a su vez modifique ésta. La constitución es una norma jurídica producto de la normalidad cuya normatividad transforma la normalidad. La vida social es la suma de vidas, anhelos, inspiraciones e intereses de los seres humanos. La normalidad es el conjunto de conductas humanas. La normatividad regresa sobre la normalidad para cambiarla favorablemente. (ej. Delincuencia es algo normal negativo)

Es una norma Destacada porque establece el deber ser de lo que debe ser la vida en sociedad. Y al ser un deber ser, debe ser una norma suprema que cambiará toda la vida social; además permite una conexión en el tiempo entre las distintas generaciones.

Es una norma Escrita porque debe haber un documento - único - escrito que contenga todas esas normas efectivas y destacadas.

Finalmente, en interesante comentario, José Luis Monereo Pérez²¹, señala que Heller realiza una investigación de campo con un propósito análogo al que realizara entre nosotros Fernando de los Ríos respecto a Rusia²². También es afín el resultado de condena del modelo, en un caso el fascismo, en otro, el bolchevismo. Su relación con el fascismo era compleja y personal, ya que en él residía la doble condición de socialista y de judío; y había sido privado de su cátedra de Derecho público en Frankfurt. En su libro «Europa y el Fascismo» afronta el estudio detenido y riguroso del régimen fascista italiano, y es de realzar que lo hace desde la doble perspectiva política y jurídica. Su reflexión se sitúa en un determinado momento de la historia política europea, y se inserta en un momento del desarrollo interno de la ciencia política y jurídica.

²¹ <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/12josemonereo.htm>.

²² **F. DE LOS RÍOS:** Mi viaje a la Rusia Sovietista (1921), Fundación Fernando de los Ríos, Madrid, 1994.

La incorporación de las masas en el área de la ciudadanía política supuso una mutación de los sujetos de la política y de las formas políticas. Con esa mirada atenta y capacidad de percepción inmediata de las cuestiones relevantes de su tiempo, Heller observó que parece como si nuestra época no acertara a dar una configuración política satisfactoria a la democracia social de masas. Las formas y normas tradicionales no parecen estar a la altura de esta empresa. De todos modos, la fe en las posibilidades de dar una conformación democrática a la sociedad, deformada por revoluciones burguesas y proletarias, está muy quebrantada. En la democracia de masas pluralista es mayor la dificultad de conseguir una unidad, porque la democracia son todos los ciudadanos los que están llamados a colaborar en la decisión de los medios y fines de la formación de la unidad política²³. En todo caso, Heller navega peligrosamente por el sendero de la relación entre el “pueblo como unidad” y el “pueblo como pluralidad”, al afirmar que la democracia es el predominio del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad. Siempre subsiste el pueblo como unidad preexistente, como nación política. El problema de fondo es atender a la interrogante relativa a qué contenidos serán capaces de reducir a unidad política la actual democracia social de masas. El proceso de secularización ha hecho decaer el factor religioso, desplazado por la idea nacional, el factor más poderoso de la integración política interior y exterior de las democracias europeas. Pero en la etapa de internacionalización de los mercados y de crisis interna de clase, el Estado nacional no ha encontrado el acomodo necesario para continuar siendo elemento aglutinante. Su misma virtualidad unificadora depende del condicionamiento representado por la existencia efectiva de un contenido común de valores, al que nada afecten las luchas políticas. Es ahí –en esa problemática comunidad de valores presupuestos- donde debe descansar la democracia social de masas. El proceso de racionalización formal tampoco había contribuido decisivamente a crear nuevas formas de integración por valores compartidos (significativamente, Heller reclama aquí las reflexiones de Max Weber), porque precisamente “este mismo espíritu (formalizador de reducirlo todo a sistema con la pretensión de convertir el mundo a toda

²³ HELLER, Europa y el fascismo, (traducción de F. J. Conde y estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2006, (capítulo I).

costa en una unidad lógica, matemática) inspiraba el carácter, cada vez más calculador de la economía capitalista y de la democracia cuantitativa de masas”.

En gran medida, objeta Heller, el liberalismo y el marxismo plantean la muerte del Estado (“muere el Estado”): “La ley jurídica y universal del liberalismo acusa rasgos esencialmente naturalista-económicos, y la necesidad económico-técnica del marxismo vive de fuertes influencias idealistas y anarquistas, como la ilusión utópica de la extinción del Estado y de todo orden de Derecho. El Derecho queda desprovisto de valor: el formalismo jurídico culmina en el pensamiento de Kelsen, según el cual todo Estado es, naturalmente, un Estado jurídico, porque el Derecho es, con independencia de los valores y la realidad, una forma autónoma para un posible contenido cualquiera. El diagnóstico político-crítico es contundente: esa descomposición del Derecho tiene que conducir forzosamente a destruir el Estado. Piensa que todo Estado y el Derecho tienen que legitimarse «por virtud de ideales jurídicos concretos». Su crítica al positivismo jurídico se ofrece nítida y sin ambages: en una perspectiva realista, solamente posee autoridad aquella soberanía que, por determinados contenidos normativos, mueve la voluntad a una unidad política, de manera que el puro logicismo no puede comprender el Estado individual, ni explicar una sola disposición jurídica. El positivismo jurídico tan sólo podrá, o bien elevar a lo absoluto un estado de cosas momentáneo, o bien, sin renunciar completamente al ideal del derecho natural, prometer un desenvolvimiento, determinado por leyes naturales, en el seno de un paraíso terrenal, donde los egoísmos individuales pondrán convivir sin colisión. Y es que, en efecto, no hay comunidad política de aspiraciones, ni comunidad jurídica, sin una base común de valores políticos compartidos. Pero es aquí donde reside, donde se localiza, la causa profunda de la crisis política de Europa (que era ante todo una «crisis de legitimidad y de gobernabilidad de un sistema parlamentario y pluralista»; nótese la lucidez para clarificar las dimensiones espaciales y espirituales de la crisis cultural y civilizatoria europea de su tiempo histórico). En el desquiciamiento de esta base de valores está la honda razón de la crisis política de Europa, y sólo un modo de pensar que, despreciando el conocimiento de la realidad, se consagra exclusivamente al conocimiento por el conocimiento y separa radicalmente la teoría de la práctica, incurriendo respecto de esta última en el

agnosticismo; sólo un pensamiento semejante puede aceptar una teoría del Estado que, como el racionalismo del siglo XVIII, considera la religión como una patraña de los curas y el Estado como una ficción o una abstracción. Va también, derechamente, a la línea de flotación del pensamiento político-jurídico de Kelsen: con el apogeo de las direcciones formalistas el Estado se ha trocado en algo irreal, en una abstracción o ficción, porque no parece ya digno de crédito su valor sustancial, esencial. La eliminación positivista de todos los contenidos simbólicos ha demolido los fundamentos no sólo del Estado, sino de la cultura.

3.- La Doctrina Constitucional de Schmitt:

Es clásico el trabajo de Schmitt —autor también de un libro con el título “El *valor* del Estado y la significación del individuo” (1914; hay reimpresión de 2004)— sobre “La tiranía de los valores” (expresión tomada de Nicolai Hartmann), pronto traducido al castellano por su hija Ánima y publicado en la *Revista de Estudios Políticos* (núm. 115, enero-febrero de 1961). En este trabajo, Schmitt, sin citar a Smend, se dedica a criticar sus teorías. Constata que en la República Federal de Alemania, “desde hace años penetra la filosofía de valores incluso en la jurisprudencia de los tribunales supremos y transforma la estructura tradicional de los conceptos de Constitución, legislación y jurisdicción [...] Con la invasión de ‘valores’ se provocó, en toda su agudeza, el problema de la disolución de conceptos y métodos jurídicos”.

El autor parte de la premisa básica enunciada por su discípulo Forsthoff de que “los valores tienen su propia lógica” y aprecia que “el valor no *es*, sino *vale*”, “implica un afán muy fuerte a la realización”, “no es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento”. Y además, dado que la facultad estimativa es algo subjetivo, también lo son enteramente los valores, que dependen del sujeto que valora. El valor “hace inevitable un cambio específico de pensamiento”, que es su “consecuencia fatal”, ya que, puesto que los derechos fundamentales no son sino que valen y han de ser continuamente actualizados en su validez, ello lleva a que quien afirme su validez tenga que hacerlos valer para que no se disuelvan en mera apariencia.

El problema está, además, en que los valores no sólo valen *para* alguien (subjetivismo), sino también *contra* alguien, por lo que tienen una agresividad virulenta, tan pronto hay

hombres concretos que hacen valer unos valores frente a otros hombres. Nada de ello podría solucionarse mediante una teoría supuestamente objetiva de los valores, velando los sujetos y silenciando quiénes son los portadores de valores cuyos intereses suministran puntos de vista, pues “nadie puede valorizar sin desvalorarizar, revalorizar o explotar” y “el precio supremo no es demasiado para el valor supremo y hay que pagarlo”, con lo que ya no rige la máxima de que el fin no justifica los medios. El pensamiento en valores “convierte automáticamente la lucha contra un determinado enemigo concreto en lucha contra un *sinvalor* [...] El *sinvalor* no tiene ningún derecho frente al valor, y para imponer el valor supremo no hay precio demasiado excesivo. Todas las categorías del clásico *Ius Publicum Europaeum* —enemigo justo (*justus hostis*), motivo justo (*justa causa*), proporcionalidad de los medios y procedimiento ordenado (*debitus modus*)— serán, sin esperanza alguna, víctimas de esta lógica de valor y *sinvalor*”. Por ello, la “tiranía de los valores” consiste en que los valores reconocidos por cada uno tienden a destruir a los otros valores.

En definitiva, Schmitt viene a denunciar el relativismo y hasta subjetivo de los valores, también de las teorías llamadas “objetivas”, unido al hecho de que los valores se utilizan como elementos para agredir a todo el que no ve los que se consideran valores evidentes, descalificándolo como “ciego a los valores”. Y se refiere así a cómo el médico Hoche y el penalista Binding publicaron en 1920 su trabajo con el título “La autorización para destruir vida sin valor vital”, que eran dos eruditos y respetados autores, ambos liberales, animados de las mejores intenciones humanas; así como a la referencia de Hitler a los valores cuando dijo: “La Historia universal está hecha por hombres. Antes la hicieron los hombres y hoy la hacen los hombres. Lo decisivo es el *valor* de estos hombres y, en cierto modo también, el número. El *valor* del hombre alemán es incomparable. Nunca me dejaré persuadir de que algún otro pueblo pueda tener tanto *valor*. Estoy convencido de que nuestro pueblo, sobre todo hoy, en su continuo mejoramiento, representa el *valor supremo* que existe actualmente en este mundo”.

Hace ya más de diez años, José Antonio Estévez advertía acerca del peligro que suponían los intentos de reconstrucción sistemática del pensamiento jurídico-político del Schmitt del

período de Weimar que prescindían por completo del contexto histórico-político de la obra schmittiana y, por consiguiente, de la toma en consideración de los concretos objetivos político-constitucionales perseguidos por el jurista alemán.²⁴

Según, Ramón Campderrich Bravo²⁵, Schmitt se consideró a sí mismo ante todo como un jurista. Su formación, su actividad académica y su faceta de consejero áulico de figuras prominentes de la política alemana de entreguerras (Schleicher, Von Papen...) nos muestran, sobre todo, a un jurista especializado en derecho constitucional y en derecho internacional, si bien con una amplitud de miras hacia cuestiones político-filosóficas mucho mayor que la habitual entre los teóricos y prácticos del derecho. De ahí que se pueda afirmar que el primer paso para una reconstrucción de la doctrina jurídico-política schmittiana en los años de la República de Weimar sea conocer cómo resolvió Schmitt la cuestión acerca del mejor modo de aproximarse al análisis de los problemas jurídicos, de comprender el fenómeno del derecho positivo, en suma.

La solución a esta cuestión se halla en el afamado ensayo que Schmitt dedicó a la soberanía, *Politische Theologie (Teología Política)*²⁶. En esta obra, se presentan dos modos de abordar los problemas jurídicos, que son también dos modos de concebir la tarea del jurista interesado en la mejor comprensión posible del derecho positivo. Esas dos formas del pensamiento jurídico indicadas en *Politische Theologie* son el *normativismo* y el *decisionismo*. Esta última es la postura defendida por Schmitt, una postura que se alimenta fundamentalmente de los defectos del *normativismo*, de la crítica al *normativismo*.

El *normativismo*, cuyo representante más consecuente es Hans Kelsen, es el producto final de la evolución del positivismo decimonónico, según Carl Schmitt. El *normativismo* kelseniano se caracteriza, al entender de Schmitt, por la pretensión de

²⁴ **José Antonio Estévez** : La crisis del estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar, Ariel, Barcelona, 1989.

²⁵ En su obra Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt (1919-1945)

²⁶ Hay traducción castellana de Francisco Javier Conde, Teología Política, en Carl Schmitt, Estudios Políticos, Doncel, 1975. También existe una versión española de Angelika Scherp recogida en Carl Schmitt, teólogo de la política, prólogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, F.C.E., México D.F., 2001, pp. 21 y ss.

interpretar el derecho positivo como un sistema racionalmente organizado o estructurado de normas jurídicas que encuentra el fundamento de su validez internamente al propio sistema, el cual, por consiguiente, se “autofunda” y se “autoproduce”. De acuerdo con la imagen del derecho normativista proporcionada por Schmitt, el teórico ha de dar por descontada la validez del ordenamiento jurídico, no investigarla en algo externo al mismo: el derecho positivo presupone su validez o existencia. Para Schmitt, la doctrina normativista de Hans Kelsen está marcada por dos deficiencias insuperables que descartan su utilidad. Ambas fueron también reseñadas por otros renombrados juristas de la época, entre los cuales cabe citar Hermann Heller²⁷.

La primera de estas deficiencias o taras del *normativismo* es su incapacidad para enfrentarse satisfactoriamente al problema de la positividad del derecho. El derecho estudiado por los juristas no historiadores no es un conjunto perfectamente ordenado de normas imaginado o desaparecido en la noche de los tiempos, sino un orden normativo eficaz, realmente existente. El *normativismo* cree, según Schmitt, que este hecho carece de importancia a efectos de tratar la validez del derecho *positivo*. En la obra de Kelsen, vista con los ojos de Schmitt, la positividad del derecho no ha de “contaminar” el valor normativo “puro” de su hipótesis jurídica fundamental y la eficacia del ordenamiento jurídico entra furtivamente en escena tan sólo como condición delimitadora de qué conjunto de normas puede despertar el interés del “científico” del derecho sin mayores repercusiones sobre la teoría jurídica. A juicio de Schmitt, la “pureza” de la *teoría pura* del derecho es un manifiesto engaño: la supuesta base de la “pureza” normativa de su doctrina, la hipótesis jurídica fundamental, no proporciona ningún criterio normativo sustantivo o “personalista”²⁸, puesto que Kelsen desea desvincular el derecho positivo de cualquier dependencia respecto de un derecho natural. Más aún, la hipótesis jurídica fundamental reconoce que el fundamento de la validez de un concreto orden jurídico es un hecho —la decisión del sujeto soberano que se

²⁷ H. Heller, La soberanía, traducción española de Mario de La Cueva, F.C.E., 1995, pp. 135 y ss.

²⁸ Por elemento “personalista” del derecho entiende Schmitt la referencia al sujeto o autoridad individual o colectiva productora de normas jurídicas (el monarca, la asamblea constituyente, el parlamento, el juez etcétera)

impone efectivamente, no importa por qué medios -, aunque se intente disfrazar de norma jurídica presupuesta formulada por el teórico del derecho (“se debe obedecer la constitución creada por el sujeto soberano”).

La segunda deficiencia que Schmitt atribuye al *normativismo* y a su expresión característica, la *teoría pura* kelseniana, es la extraordinaria estrechez de su punto de vista. Desde ese punto de vista normativista, todas las relaciones de poder que están detrás de la producción del derecho positivo, todos los conflictos por la determinación en uno u otro sentido de la identidad política de una comunidad y de las reglas de juego de su vida social que el derecho, en buena medida, se limita a ordenar y garantizar, no tienen el menor interés para el teórico entregado a la resolución de los problemas formales que presenta la sistematización y racionalización de proposiciones normativas. Y, sin embargo, son justamente esas relaciones de poder y esas luchas lo más importante, según Schmitt, para trazar conocimiento de la naturaleza del derecho positivo y para afrontar los problemas jurídicos teóricos y prácticos:

“El problema no reside de ningún modo en el contenido normativo de un mandato moral o jurídico, sino en la pregunta: ¿Quién decide? Naturalmente, todos quieren Derecho, Moral, Ética y Paz; nadie quiere cometer un entuerto; pero la única cuestión *in concreto* interesante siempre es quién decide en la situación concreta qué es conforme a derecho”.

Schmitt sostiene que la expresión *decisión soberana sobre el caso de excepción* es la que mejor designa las relaciones de poder y las luchas políticas que están detrás del derecho positivo y lo generan. La doctrina del *decisionismo* ingeniada por Schmitt es un esfuerzo por esclarecer en qué consiste esta decisión soberana y su carácter constitutivo del derecho positivo, evidentemente sesgado hacia la justificación de cierto proyecto político. Pero antes de exponer el núcleo conceptual del *decisionismo* schmittiano, no podemos dejar de referirnos a la relación que éste guarda con la tradición doctrinal moderna de la soberanía.

En el transcurso de los años veinte, la doctrina jurídica alemana discutió con profusión qué instituciones podían ser las más adecuadas para asumir la función de garante de la nueva constitución de la Alemania republicana frente a las vulneraciones provenientes de los poderes constituidos,

especialmente del legislador democrático. El debate se centró inicialmente en la admisibilidad o no de confiar a los jueces y tribunales alemanes el control “difuso” de la constitucionalidad de las leyes del *Reichstag*. Las resistencias a atribuir a la judicatura alemana la capacidad de negarse a aplicar leyes por considerarlas contrarias a la Constitución de Weimar procedían, sobre todo, de juristas comprometidos con la nueva república. Estos autores temían que una magistratura formada bajo el II Reich y sospechosa de deslealtad hacia la república de Weimar se dedicase a obstruir sistemáticamente los futuros esfuerzos reformadores del nuevo legislador democrático.

A partir de la sentencia del *Reichsgericht* – el órgano jurisdiccional que culminaba la organización judicial ordinaria- de 5 de noviembre de 1925, en la cual se reconocía a los jueces el derecho a controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*, el centro del debate se desplazó a otro lugar. Se pasó de cuestionar la legitimidad de los tribunales para suspender la aplicación de las leyes estimadas por éstos inconstitucionales a analizar la conveniencia o no de crear un sistema de control “concentrado” de constitucionalidad.

Hans Kelsen fue uno de los protagonistas de este debate y defendió la introducción del control de constitucionalidad “concentrado”. La primera exposición sistemática de sus ideas sobre el tema se encuentra en su ponencia para el congreso de 1928 de profesores alemanes de derecho público titulada *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Este escrito mereció la atención de Schmitt, el más ilustre de los críticos de la “teoría pura” del derecho por aquel entonces, el cual rebatió las ideas de Kelsen y justificó su propia apuesta por la institución del presidente del *Reich* como garante de la constitución en una obra aparecida en 1931, *Der Hüter der Verfassung* (*El defensor de la Constitución*). Kelsen, a su vez, dio cumplida respuesta a las críticas de Schmitt en la larga recensión de *Der Hüter der Verfassung* titulada *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. Esta es la discusión entre Kelsen y Schmitt que, en la forma que quedó establecida para la posteridad en los ensayos de 1931 acabados de citar, ha recibido comúnmente la denominación de polémica en torno al “Guardián de la Constitución”.

Las distintas actitudes ante la cuestión de los medios más adecuados para ejercer un control de constitucionalidad

efectivo y ante la naturaleza misma de la actividad de control de constitucionalidad estuvieron siempre determinadas por motivaciones políticas. Si bien posicionarse a favor o en contra del sistema de control de constitucionalidad “concentrado” no se correspondía con un talante político más o menos conservador o más o menos progresista, los argumentos utilizados para justificar una actitud favorable o contraria al mismo sí revelaban una determinada postura política: así, por ejemplo, los autores simpatizantes con los partidos leales a la república que defendían la introducción del sistema de control de constitucionalidad “concentrado”, veían en éste una garantía frente a la amenaza de un control de constitucionalidad ejercido por una judicatura conservadora, mientras que los juristas de filiación conservadora y antiweimariana observaban que el nuevo sistema de control de constitucionalidad debía ser considerado un dique a la “tiranía del parlamento”. Las posturas de Kelsen y Schmitt en este tema no obedecen en menor medida a tales motivaciones políticas. Por consiguiente, una alusión a los orígenes, evolución y crisis final de la República de Weimar es ineludible. En el contexto de esta construcción schmittiana de los sentidos del término “constitución”, la defensa o garantía de la constitución consiste en la preservación del peculiar modo de ser de la existencia política de un pueblo, en la salvaguarda de la efectividad de la decisión constituyente de ese modo de ser:

Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad.

La función de defensa o protección de la constitución implica así el reconocimiento al sujeto que la ejerce de poderes no reglados, del poder, en suma, de tomar toda decisión necesaria para preservar la “sustancia” de la constitución.

A la vista de esta noción de constitución y de defensa de la constitución, Schmitt señala que en planteamientos como los de Kelsen hay una incompatibilidad entre función de defensa de la constitución y órgano al cual se encomienda esa función. La función de defensa de la constitución es, para Schmitt, una función política. La función política y la función jurisdiccional

son funciones de naturaleza distinta y, por ello, deben ser conferidas a órganos de distinta naturaleza, cuyos específicos y diferenciados modos de estructurarse se acomodan a la función desempeñada.

La función jurisdiccional no rebasa la esfera de la aplicación de concretos preceptos jurídicos, según Schmitt. Los órganos encargados de desempeñar esta función subsumen las circunstancias del caso en el supuesto de hecho de una norma concreta. Lo mismo ocurre en los casos en que los textos constitucionales reconocen la posibilidad de que los jueces y tribunales inapliquen una ley o un reglamento por contravenir las disposiciones de una norma de rango superior (“ley constitucional” o ley, respectivamente).

Se trata de situaciones en que dos normas establecen una regulación contradictoria para unos mismos supuestos de hecho. Este conflicto entre normas en el momento de su aplicación se resuelve mediante el criterio de jerarquía normativa, por el cual la norma de rango superior prevalece sobre la norma de rango inferior. Tanto el conflicto como el criterio de su solución se circunscriben a la esfera de la aplicación, sin suponer, pues ello implicaría una actividad legisladora, derogación o anulación de norma alguna.

Las peculiaridades de la función jurisdiccional son la razón del especial *status* y de los especiales principios organizativos de los órganos que desarrollan esa función, a juicio de Schmitt:

“En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad”.

Todo aquello que va más allá de la actividad de subsunción de hechos en los supuestos de hecho de las normas es función política, sostiene Schmitt. La legislación y la dirección política son funciones políticas que no corresponden a los jueces, sino a otros órganos, al parlamento y al gobierno, respectivamente. La función de garantía o defensa de la constitución, en su

específico sentido schmittiano, es una función política que se debe encomendar, en opinión de Schmitt, a un órgano que reúna la doble condición de contar con la legitimidad adecuada y de no depender de aquellas instancias que se hallen colonizadas por el pluralismo de partidos políticos, la mayor amenaza, a juicio de Schmitt, para la constitución en las modernas democracias de masas. Schmitt mantiene que en la Alemania de entreguerras sólo cabe predicar esa función política de la institución del presidente del *Reich*. El parlamento y el gobierno ante éste responsable no pueden ser protectores de la constitución, pues más bien canalizan el poder desintegrador del orden constitucional alemán de los partidos políticos “totales”. Se necesita una instancia no dependiente de los partidos capaz de tomar decisiones políticas.

Un tribunal constitucional según el modelo de Kelsen, es decir, un órgano, entre otras cosas, con las características de cualquier otro órgano jurisdiccional, carecería de legitimidad para llevar a cabo la función política de protección o defensa de la constitución, en opinión de Schmitt. El presidente del *Reich*, en cambio, posee todas las cualidades para ser el guardián o defensor de la constitución de la Alemania de Weimar: cuenta con la adecuada legitimidad democrática al ser elegido directamente por el pueblo alemán y al poder llamar a éste a expresar su voluntad plebiscitariamente y no depende, al entender de Schmitt, ni del *Reichstag*, ni del gobierno. Los poderes conferidos por el artículo 48.2 de la Constitución de Weimar son, para Schmitt, el medio fundamental de que dispone el presidente del *Reich* para desempeñar su papel de defensor constitucional.

4. El pensamiento constitucional de Rudolf Smend:

Carl Friedrich Rudolf Smend, uno de los gigantes de la cultura del siglo XX y uno de los principales juristas cultivadores del Derecho Público Europeo de ese mismo siglo (especialmente durante la república de Weimar), nació el 15 de Enero de 1882 en Basilea y murió en Gotinga (donde también pasó su niñez) el 5 de Julio de 1975, apenas unos meses antes de que uno de sus más destacados discípulos, Konrad Hesse, fuera designado magistrado del Tribunal constitucional. Smend fue uno de los grandes juristas que desarrollaron la parte central de su obra durante la agitada república surgida en torno a la constitución de Weimar de 1919, aunque su doctrina iba a tener una

influencia sencillamente espectacular en la puesta en práctica e interpretación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 pero también en la de otras constituciones. Su doctrina constitucionalista pueda caracterizarse desde una perspectiva negativa, por ser antipositivista y en cuanto a su exposición por su complejidad (y hasta oscuridad) y desde un punto de vista de su formación positiva, por su carácter integracionista armonizante. Se doctoró en 1904 en la Universidad de Gotinga de la que llegaría a ser el primer rector tras la segunda guerra mundial, con una tesis doctoral en la que lleva una interesante comparación de la constitución prusiana a de 1850 (estado monárquico) y la constitución belga (soberanía popular). La tesis fue publicada bajo el título “El Texto Constitucional Prusiano en comparación con el belga”. Este mereció una recensión del *Kronjurist* o jurista oficial de aquella época y uno de los grandes iuspublicistas del siglo XIX: Paul Laband, uno de los principales representantes del positivismo al que combatiría el propio Smend con particular energía. Sea como sea, Laband decidió hacer esa recensión y en ella destaca no solo lo interesante de su contenido, sino que a ello se añade además “el modo ejemplar de la exposición”. Es curioso que un positivista formalista como Laband reconoce que en un precepto de dos constituciones de dos países distintos, aún externamente idénticos pueden tener evidentemente una significación jurídica y un efectos político diversos. Durante el periodo que va de 1933 a 1945 Smend se dedicó al estudio primordialmente de la historia del Derecho, al menos en cuanto a sus publicaciones se refiere. Desde luego no contribuyó en absoluto ni activa ni pasivamente a la legitimación o aceptación del nazismo, lo que ya es mucho en aquella época.²⁹

Sin duda la obra más importante de Smend, donde consagra su teoría de la integración de forma definitiva es *Constitución y Derecho Constitucional*, obra traducida al castellano junto a otros trabajos de menor extensión aunque manteniendo aquel

²⁹ **BRAGE CAMAZANO, Joaquín:** “Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Alemán - Smend, Rudolf”. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, pp. XI-XVIII. Agrega el autor que, discípulos directos suyos han sido entre otros, Ehmke, Henis, Hesse o Scheuner (quien sucumbió al nazismo y escribió el penoso y largo artículo “Die nationale Revolution. Eine Staatsrechtliche Untersuchung” 1933-1934, legitimando aquel régimen de terror).

titulo para el conjunto por José María Beneyto, en el Centro de estudios constitucionales de Madrid en el año 1985. Lógicamente hay otras traducciones a la fecha.

Preliminarmente, ya se pudo constituir en un importante e influyente promotor de la libertad de expresión en concreto, a través de un trabajo denominado *La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra*”, escrito apenas unos meses anterior a la gran obra de Smend, *Constitución y Derecho constitucional*, y en él se anticipan algunas de sus tesis, al tiempo que se aplica las mismas *in concreto* a estos específicos derechos fundamentales analizados, pero haciéndose asimismo ciertas reflexiones de carácter general sobre todos los derechos fundamentales de gran interés aún hoy en día. Este trabajo, que es la publicación más amplia de Smend sobre los derechos fundamentales, fue una ponencia presentada al Congreso anual de la *Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado*. Se trata, además, de uno de los primeros trabajos en que se elabora, conforme a una dogmática jurídico-constitucional, este derecho fundamental, aparte de que la metodología empleada es una de corte científico-espiritual como la que Smend propugnaba con carácter general. Algunas de las tesis defendidas por Smend en este bonito trabajo, en fin, han sido explícitamente asumidas por el Tribunal Constitucional Teutón y, sea como sea, es un trabajo de referencia para cualquiera que quiera adentrarse en el estudio de estos derechos fundamentales.³⁰

Según **Joaquín BRAGE CAMAZANO** (*ob. Cit*), la gran obra de Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, es, a la postre, la hermenéutica que hoy se ha impuesto en toda Europa y más allá. Smend ya se había enfrentado a la interpretación positivista literal que predominaba en su época en su libro *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), en el que, rompiendo con la rígida separación entre Ser y Deber Ser de la época, introdujo la conexión entre la realidad y el Derecho estableciendo que esa realidad había de ser integrada en la interpretación, lo que le llevaría a reconocer la existencia de un Derecho constitucional

³⁰ **BRAGE CAMAZANO, Joaquín**: “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra” Comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional” en la sede de la UNED en Madrid, el 16 de noviembre de 2007.

no escrito, especialmente el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce remitiéndose a la obra de Smend; y también ha tenido esta doctrina su impacto, aunque sea “a ciegas”, sobre otras jurisdicciones constitucionales). La teoría de la integración que Smend construye ya durante la República de Weimar en su obra *Constitución y Derecho constitucional* está en línea de continuidad con esta otra a que acabamos de referirnos.

Como nos dice Koriath, Kelsen había fundamentado su *Teoría general del Estado* (1925) en premisas epistemológicas neokantianas y sobre esa base había sujetado todos los conceptos básicos tradicionales del Estado y el Derecho a un examen y revisión radicales, y este era el estándar de rigor metodológico para los debates sobre los fundamentos teóricos en los años veinte y ningún concepto podría sobrevivir si no cumplía con ello. “Smend aceptó el reto. En un esfuerzo de liberar a la teoría del Estado y a la Constitución de su contexto positivista, Smend tomó como su base, en oposición metodológica a Kelsen, el método fenomenológico de Theodor Litt y su filosofía hegeliana”. Para él, el Estado no va a ser ya más una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino una parte de una realidad espiritual “integrada”, es decir, una realidad espiritual que resulta de la interacción de procesos vitales individuales (Koriath), pero es una “unidad de sentido”, no estática, sino caracterizada por un “proceso de actualización funcional, de reproducción”, “un continuo proceso de laboriosa configuración social”, un “proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. El Estado no se basa ya en ningún contrato social, ficticio o real, consensuado en un momento dado, sino por virtud de un proceso como el descrito. Y este proceso, núcleo sustancial, es lo que Smend denomina “integración”, lo que había propuesto ya en 1923 en su trabajo sobre “El poder político en el Estado constitucional y el problema de la forma de Estado” y que se había generalizado relativamente cuando escribe su obra *Constitución y Derecho Constitucional* en 1928, en la que desarrolla esta idea a fondo, si bien él mismo concibió esta exposición como un mero esbozo, aunque nunca más la desarrollaría más allá de ciertos matices y precisiones.

La Constitución era para Smend el ordenamiento jurídico de este proceso de integración, que ella canalizaba, estimulaba y mantenía abierto, al tiempo que normativizaba los valores sobre los que existía acuerdo entre los ciudadanos, especialmente los derechos fundamentales (Korioth). Pues bien, esta integración en que se basa la vida estatal puede ser de tres tipos, si bien por lo general se dan combinadamente, aunque un tipo de integración predomine sobre el otro:

- ✓ **La integración personal:** Aquí se refiere a los dirigentes políticos, que, a través de sus funciones objetivas (bien o mal resueltas técnicamente), han de lograr cohesionar al grupo político que les sostiene. Es el caso, sobre todo, del Gabinete en el régimen parlamentario, que ha elevado a esta forma de integración personal a una institución constitucional suprema que ha de crear y mantener cohesionado no sólo a aquel sector de ciudadanos que le da su apoyo, sino a la totalidad del pueblo, lo que, por su parte, logra a través de formas específicas de integración funcional y en conexión clara con la objetiva o material. Es también el caso del Monarca, la burocracia administrativa y judicial (aunque su labor no es primariamente integradora cuando no son funcionarios políticos) o el Ejército.
- ✓ **La integración funcional o procesal:** Se trata de formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, a producir una síntesis social; que tienden, bien a que el contenido espiritual se haga comunitario, bien a reforzar la vivencia comunitaria de la vida social, dinamizando así tanto la vida de la comunidad como la del individuo. Esta integración puede encarnarse en procesos de orden sensible (marchas militares, manifestaciones masivas), al menos en parte (*cohesionamiento* de los trabajadores). Aquí se incluirían las elecciones, las votaciones, las actuaciones parlamentarias, la formación de un gobierno, los *referenda*, los procesos constitucionales, y, sobre todo, el poder (en particular, los sistemas constitucionales que prevén la existencia de luchas políticas integradoras), poder que siempre está necesitado de legitimidad (que determina su naturaleza: Max Weber), ya que detrás de él siempre hay otros valores y elementos de los que depende, factores integradores que son justamente los que fundamentan y siguen fundamentando la comunidad en la que se va a

ejercer el poder (contrato social, votaciones, principio mayoritario).

- ✓ **La integración material u objetiva:** Esta tercera forma de integración es la que nos interesa, pues se refiere a un conjunto de valores que son vividos como comunes por la Comunidad, se trata de una *socialidad* de las vivencias sustantivas. El Estado, para Smend, no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas. Su eficacia integradora es particularmente eficaz en el Estado contemporáneo, hasta el punto de serle extraña al individuo su racionalidad, por lo que se hace preciso que esta integración se manifieste de modo institucional a través de la representación de los valores históricos que tienen vigencia actual en símbolos políticos tales como banderas, escudos, Jefes de Estado (en especial, los Monarcas), las ceremonias políticas y las fiestas nacionales o a través de acontecimientos políticos, como una batalla. También serían factores de integración material el territorio, la historia, los preámbulos, la forma política, el pabellón nacional, las competencias del Estado federal y los derechos fundamentales. Estos integran a través de sus fórmulas como lo hacen a través de sus símbolos los colores de la bandera o la forma del Estado.

Pues bien, los derechos fundamentales serían un elemento de integración material de singular relevancia. Smend entiende que el catálogo de los derechos fundamentales tiene varias facetas:

- ✓ Por un lado, pretende regular una serie objetiva autónoma, es decir, un *sistema de valores, de bienes, un sistema cultural*.
- ✓ Por otro lado, se trata de un *sistema nacional*, es decir, el sistema de todos los alemanes, el cual afirma el carácter nacional de valores más generales y confiere con ello a los miembros de ese Estado de distintas nacionalidades un estatus material único, gracias al cual se convierten en un pueblo, con respecto a sí mismos y frente a otros pueblos.
- ✓ Además, en tercer lugar, este sistema cultural y de valores que expresan los derechos fundamentales, “prescindiendo por completo de su fundamento jurídico”, debe dar

significado a la vida del Estado instaurada por la Constitución. *A través de su contenido material, legitiman al Estado, aparte ya de su valor integrador.*

Aquí también se incluyen “los valores de las minorías y los compromisos”. Se refiere asimismo Smend ya a la “necesidad”, pero también a la “dificultad” de un enfoque histórico-espiritual del sistema cultural de valores en que la Constitución se basa cuando, con el correr del tiempo en la historia y la creciente falta de homogeneidad espiritual y social del conjunto del pueblo, se pierde la convincente univocidad originaria precisamente de los principios supremos y básicos de los derechos fundamentales, por ejemplo: la libertad y la igualdad. Este planteamiento es, en el fondo, el que ha llevado a Böckenförde³¹ (2001) a cuestionarse seriamente sobre si existe ya, como en los años cincuenta, cuando se formula en la jurisprudencia constitucional, una “imagen del hombre” de la Ley Fundamental.

Ahora bien, Smend advierte de que “también la democracia vive, no del relativismo, sino de una unidad existente, a través del Derecho, en los valores materiales de la Comunidad popular”. Este es uno de los sentidos de los derechos fundamentales también. Smend rechaza enérgicamente la concepción tradicional predominante en su época de los derechos fundamentales como derechos que no significaban, en último término, otra cosa distinta que el principio de legalidad administrativa, pero también rechaza la concepción mayoritaria de los mismos como derechos técnicos especiales,

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde nació el 19.09.1930 en Kassel. Tras estudiar Derecho, Historia y Filosofía, se doctoró en Derecho en Münster en 1956, y en Filosofía en Munich en 1961. Desde 1959 hasta 1964 colaboró como Asistente científico en el Instituto de Derecho Público de la Universidad de Münster. En 1964 se habilitó en las áreas de Derecho del Estado y Administrativo, Derecho Constitucional e Historia del Derecho, y Filosofía del Derecho. Entre 1964 y 1969 tuvo la Cátedra de Derecho Público, Derecho Constitucional e Historia del Derecho en la Universidad de Heidelberg, posteriormente desde 1969 hasta 1977 en Bielefeld, y de 1977 hasta su nombramiento como Profesor emérito en 1995 en Friburgo (Alemania). Desde 1970 es miembro de la Academia de las Ciencias de Renania-Westfalia en Düsseldorf, y desde 1989 también de la Academia de las Ciencias de Baviera; de 1970 a 1976 formó parte de la Comisión de Estudio de la Reforma Constitucional del Bundestag alemán. En 1978 se le hizo entrega del Premio Reuchlin concedido por la ciudad de Pforzheim. De 1983 a 1996 fue Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, formando parte de su Sala 2ª. En 1987 la Universidad de Basilea (Suiza) le concedió el Doctorado honoris causa. En 1999 se lo concedieron igualmente la Facultad de Teología Católica de la Universidad de Bochum y la Facultad de Derecho de la Universidad de Bielefeld. En el 2002 recibió, por último, el Doctorado honoris causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster. Léase Historia Constitucional (revista electrónica), n. 5, 2004. <http://hc.rediris.es/05/indice.html>

con la finalidad de salvar la contradicción de la tesis anterior: se “trata a los derechos fundamentales como una suma de reformas de numerosas leyes del Imperio y de los *Länder*, [se] elimina todo lo que es sólo ‘programa’ o ‘credo’ y [se] pretende mostrar, como contenido positivo, lo que se ha transformado, por medio de las normas de derechos fundamentales, en los particulares ámbitos jurídicos, en otra cosa“. Para Smend, sin embargo, los derechos fundamentales no son Derecho (especial) administrativo, ni Derecho (especial) de policía, ni Derecho (especial) privado, etc, “sino que forman parte del Derecho constitucional”. Estos derechos “regulan sus objetos específicos, no desde el punto de vista de las distintas ramas del Derecho técnico, sino desde el del Derecho constitucional”. Aunque estos derechos pueden tener también un sentido técnico, no son derechos técnicos ni forman un sistema técnico y cerrado como los sistemas que conforman el Código civil o los códigos procesales; no son una “legislación técnicamente incompleta de reforma“ de ciertos ámbitos del Derecho especializado (Derecho administrativo, civil, mercantil, etc.). Tienen, ciertamente, la exigencia de validez que es característica del Derecho especial técnico, pero su validez “es de otra naturaleza, y la tienen todos y cada uno de ellos en la misma medida”. Son “norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración”. Son, pues, verdadero Derecho constitucional, ese es su rango y no otro.

Tras la subida de Hitler al poder, hubo intentos de aplicar la teoría de la integración de Smend para justificar y legitimar al nazismo, pero Smend no participó ni directa ni indirecta, ni activa ni pasivamente, en estos trabajos, que no llegaron a buen puerto en cualquier caso. Tras la Guerra, se acusó a Smend de haber cooperado al nazismo con su teoría, pero ello fue desestimado enteramente, lo que permitió incluso que Smend fuera el primer Rector de la Universidad de Gotinga tras la Segunda Guerra Mundial.

Su teoría jurídico-constitucional, tomada como conjunto, no sólo no parece congruente con el nazismo, sino que resulta ser enteramente incompatible, pues era una doctrina que, para una época convulsa y de divisiones, proponía una unidad integradora espiritual donde el centro ya no era el Estado, sino la Constitución; y donde los derechos fundamentales y la imagen del hombre tenían que desempeñar un papel

singularmente importante, tenían que ser un “muro de protección” frente a sus limitaciones, en particular las que pudieran llegar del fascismo o el comunismo (1928).

5. El Estado Constitucional, en el pensamiento de Peter Häberle:

Según Daniel Florez Muñoz (Colombia)³², la idea de Estado Constitucional³³ ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos³⁴ a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho, esto a su turno no podía darse sin subvertir y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración. Este cambio copernicano en el mundo del derecho al interior de la tradición continental impuso un papel renovado y mucho más dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y, por ende, de su responsabilidad social y política (Cifuentes, 2006: xiii). El juez es hoy más que nunca una pieza fundamental dentro del proceso de democratización y respeto de las garantías de las libertades, tanto sociales como políticas, de los asociados³⁵.

³² Daniel Florez Muñoz ““Los límites de la democracia en el estado Constitucional. Constitución, pueblo y tribunal Constitucional” Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 13, 2010, pp. 89-126.

³³ El agotamiento del paradigma del Estado Social legislativo de Derecho se adecua a la celebre caracterización que Thomas Kuhn hace de los contextos de transición de paradigmas: “la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del descontento explícito, el recurso a la filosofía y el debate de los fundamentos”. Especialmente los dos últimos los encontramos en la abundante literatura iuspublicista y iusfilosofica de la segunda posguerra. Respecto al concepto y evolución del Estado Constitucional, ver: Häberle (2001) y Carbonell (2003). Para una lectura radicalmente diferente que entiende al nacimiento de la idea del Estado moderno como acto de violencia sacrificial de necesaria renovación paradigmática, ver: Florez Muñoz, (2008a); (2009a); (2009b). y Moncayo (2004)

³⁴ La renovación constante del derecho constituye el principal elemento que permitiría a Luhmann y Teubner construir la teoría de la autopoyesis del derecho, la cual, dentro de la teoría de los sistemas, entiende al derecho como un sistema que al interactuar con el macro sistema social. Redefine constantemente sus propios elementos a partir del lenguaje intra-sistémico, es decir, del propio lenguaje jurídico. En una frase, el derecho se crea a si mismo a partir de su lenguaje y en respuesta a las necesidades y cambios del sistema social. En relación a la renovación de las categorías jurídicas y la autopoyesis, ver especialmente: Teubner (2000: 94-143) y Habermas (2005: 143-198)

³⁵ En relación al tránsito de la Justicia distributiva de los poderes ejecutivo y legislativo al judicial, ver especialmente: García-Villegas y Santos, (2004: 94), quienes exponen dicha cualificación del pretor en los siguientes términos: “Confinados como estaban – los jueces – a la administración de Justicia Retributiva, tuvieron que aceptar como dados los patrones de Justicia Distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformo en una cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política.”

Esta cualificación del rol del juez en las sociedades contemporáneas ha permitido pensar que si el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el siglo XX el siglo de los presidencialismos, el siglo XXI será el siglo de la rama judicial. Por lo tanto, el que un día fue el esclavo de la ley hoy ha tenido que revolucionar sus propias condiciones de existencia en procura de garantizar de forma más eficaz y concreta los principios democráticos en las sociedades contemporáneas. Pero en este proceso necesariamente ha tenido que dejar atrás viejas ataduras y descubrir nuevos horizontes al interior de los cuales encontrar nuevas razones y nuevos fundamentos para sus decisiones.

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico, y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y dinámico. En el derecho constitucional, el cambio, en síntesis, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, “hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores”, con este proceso, algunos autores como Bruce Ackerman han llegado a definir este proceso como el denominado el “ascenso del constitucionalismo mundial”, el cual comienza a definir sus rasgos con la Constitución Italiana (1947), La Ley Fundamental Alemana (1949) y la Constitución Española (1978) siendo esta última la más profunda inspiración para el modelo constitucional actualmente vigente en el Perú.

El Derecho Constitucional, por tanto es más que un simple referente; este constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las disciplinas jurídicas deben encontrar sus fundamentos o raíces si pretenden seguir conservando su rótulo. En pocas palabras, la constitucionalización del derecho, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional y las competencias de los tribunales constitucionales han llevado al derecho constitucional contemporáneo a configurarse como el Derecho por antonomasia.

Efectivamente, el orden jurídico comporta la existencia de una normatividad sistémica, puesto que es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada, ...es el conjunto o unión

de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.³⁶

Bajo estos lineamientos, nuestro Tribunal Constitucional, ha tomado una posición férrea en considerar que “el orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas”. Agrega el colegiado que “el ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética. En puridad, una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. Ello debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental”³⁷

Concordando con nuestro Tribunal Constitucional, la “normativa está sujeta al criterio de coherencia, pues la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente. Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas, pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal. En consonancia con todo lo expuesto, puede señalarse que *la normatividad sistémica del orden jurídico descansa* en

³⁶ **ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL:** Manual de Filosofía del Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires 1982. Pág. 9

³⁷ Ésta posición se encuentra materializada en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, correspondiente a una causa tramitada por 64 Congresistas de la República, respecto de acción de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 26285, que autorizó en su oportunidad la suscripción del “contrato-ley” de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos –hoy Telefónica del Perú S.A.A.- y el Estado peruano.

los siguientes *principios*: la *coherencia normativa*³⁸ y el principio de *jerarquía de las normas*³⁹”

Bajo éstos parámetros doctrinarios y jurisprudenciales, se hace evidente que para establecer un orden sistémico normativo desde su construcción hasta su aplicación, es imprescindible la interpretación constitucional de las leyes de aplicación en la administración pública y otras, máxime si desde “en sus orígenes, la mayoría de las normas constitucionales se consideraban de carácter programático, en el sentido que requerían un desarrollo normativo posterior para poder ser aplicadas a casos concretos”⁴⁰.

Así, “interpretar constitucionalmente una ley significa determinar su significado y alcance hasta el límite máximo permitido por la Constitución. En la doctrina de la referencia, la interpretación constitucional de la ley quiere decir que si a una norma legal es posible darle un significado que sea compatible con la constitución, adoptar ese significado debe ser preferido por sobre cualquier otro que no sea compatible con la Constitución”⁴¹

Este nuevo derecho Constitucional naciente, en contraposición al constitucionalismo continental clásico, entiende la necesidad de ubicarse y responder históricamente a su propio tiempo, es decir, toma conciencia de que esta nueva época supone la necesidad de que el derecho comprenda que se encuentra en un proceso dialógico con sujetos mediados por la historia, y no abstracciones o enteleguías de sujetos trascendentales, y, sobre todo, que su actuar humano se encuentra necesariamente enmarcado en el *aquí* y el *ahora*. Es por tal motivo que el derecho constitucional deja atrás aquella fetichizante legalidad

³⁸ Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica – conceptual, entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

³⁹ Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.

⁴⁰ **HERNANDO DÍAZ CANDIA**: “La Doctrina de la Deferencia en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes”, en Tomo I del Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Homenaje a Luis Farias Mata/Coordinador Rafael Badell Madrid. Editorial Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas. 2006 Pág.241

⁴¹ **HERNANDO DÍAZ CANDIA**: Ob. Cit. Pág.249

constitucional propia del frío racionalismo normativo para adentrarse en el camino de la hermenéutica jurídica, política y filosófica siempre en dialogo con las necesidades del constituyente primario. El orden jurídico-constitucional es ahora una forma de actualización de la voluntad popular, estableciendo de esta forma un camino hacia la temporalidad e historicidad de la Constitución que permita que ésta sea capaz de responder a las necesidades del momento histórico dado en la medida en que su propia textura abierta deja la puerta abierta a la interpretación, en palabras de David Mercado, las Constituciones se hacen con oraciones semánticamente abiertas. Siendo abiertas las normas fundamentales de la Constitución, sus textos son indeterminados e incompletos, inservibles para sustentar una doctrina sobre su aplicación deducida directamente de los mismos por lo que necesitamos fundar o erigir una teoría de la interpretativa frente a los valores y principios que se establezcan como normas.

Este resurgimiento del derecho Constitucional dentro del contexto social y político de los Estados contemporáneos trajo consigo el debate en relación a los nexos que existen y deben existir entre Constitución y Sociedad en la medida en que el “giro hermenéutico” del derecho también permitió un giro político al interior de su contexto de aplicación, los cuales se evidenciaron en reformas institucionales muy definidas. En ese orden de ideas, comenta el profesor Diego Lopez Medina, “así como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba, uno de sus usos, a tener el efecto político de escudar la profesión y la judicatura de las incursiones politizantes del fascismo y el marxismo, la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la Guerra Fría. La cepa de autores de la nueva teoría recepcionada del derecho –Hart, Dworkin, Rawls o Habermas- tienen claros compromisos con una versión de constitucionalismo liberal progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente validas. Ya que la

voluntad legislativa tiene límites morales y políticos –límites constitucionales”⁴².

Por tal razón vemos cómo esta nueva hermenéutica contribuyó enormemente en la recepción de un constitucionalismo global, o si se quiere, de una nueva ética, a saber, la *ética de los derechos constitucionales* –ahora directamente justiciables. Es al interior de este nuevo contexto jurídico-político donde los desarrollos de los tribunales constitucionales, sobre todo en materias económicas y políticas suscitan fuertes críticas desde distintos sectores de la academia jurídica, señalando el amanecer del constitucionalismo contemporáneo como el anochecer de la democracia y el retorno a un modelo elitista de corte aristocrático en el cual la última palabra siempre la tendrán un grupo de selectos juristas aún cuando su decisión sea abiertamente contra mayoritaria y, por lo tanto, –a su entender– antidemocrática.

Dentro de las más sobresalientes teorías constitucionales que explican los nexos dialógicos entre Constitución y Pueblo, encontramos la teoría de Jon Elster, brillante miembro de la escuela del Marxismo Analítico de Oxford, quien, tomando como metáfora la imagen de Ulises –el héroe de los cantos homéricos–, explica las auto-limitaciones que se impone la comunidad política en un momento dado a través del acto constitucional originario y jura no quebrantarlo depositando la confianza en el tribunal constitucional de ser el responsable de la sagrada obligación de recordarle lo inicialmente pactado por sí mismo.⁴³

Para este autor, las sociedades se imponen constituciones para mantener presentes, a lo largo de su desarrollo histórico los compromisos y promesas realizadas en un momento determinado de su historia política, por lo que, más que ser un documento simplemente variante debe ser un documento con vocación de continuidad y de constante actualización histórica, a través del cual la sociedad pueda cargar un “sello” o una “cicatriz” de lo que fue y en un momento juró no volver a ser. Para consecución de este cometido, el control de

⁴² LOPEZ MEDINA, D. (2004) Teoría Impura del Derecho. 3º Reimpresión.

Bogotá: Legis. Pp54

⁴³ Sobre el particular, Elster utiliza la poderosa imagen de Ulises atado al mástil para explicar el comportamiento de las sociedades que deciden imponer restricciones a su conducta con el fin de mantenerse en la senda de los compromisos adquiridos.

constitucionalidad es tal vez la herramienta más sofisticada que buena parte de las sociedades contemporáneas han encontrado para atar al mástil a las mayorías; en los procesos constituyentes son ellas mismas las que deciden imponerse limitaciones y exigen a los jueces que no las desaten.

Como segunda teoría, encontramos los fundamentos del Constitucionalismo Popular, heterodoxa corriente jurídica norteamericana, que entra a criticar de forma contundente y radical la denominada *supremacía judicial*, apelando a criterios de teoría política fundamentan la defensa y la necesidad de dar mayor voz al pueblo en la definición de los alcances y límites de las Constituciones.

Esta teoría, parte del hecho de que en muchas de las actuales constituciones del mundo, existe un consenso en la apuesta hacia un modelo de democracia deliberativa, en el cual, “las decisiones políticas están sujetadas al control popular pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo” En ese sentido, surge el cuestionamiento al poder o supremacía judicial frente a las decisiones tomadas por los representantes del pueblo; dicho debate llega a al punto que Barry Friedman afirmaría que tal discusión constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos y no es para menos, en la medida en que pareciera demostrar cómo el debate acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales en última ratio no sería mas que: el cuestionamiento límite de la democracia. En virtud que –conforme lo expuesto por Hans Kelsen en su debate con Schmitt, acerca del defensor de la Constitución– la simple amenaza de recurrir al tribunal constitucional “puede ser, entre las manos de la minoría un instrumento propio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, por esta vía, en ultimo análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría”⁴⁴

Sin embargo, el hecho de que en la actualidad los jueces gocen del poder del que gozan tiene que ver, –tal como lo expone Roberto Gargarella– entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el

⁴⁴ RINCON S., J. “La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular” En: Revista Vniversitas n° 115, Enero-Junio vol. 2. pp. 119 - 120

mismo momento en que se organizó el sistema judicial al interior del marco de una Constitución Republicana en el contexto anglosajón, desde el cual es originaria la figura⁴⁵, que en la actualidad existe en casi todos los sistemas judiciales del mundo.

Es decir, nos referimos a presupuestos de raíces conservadoras y antidemocráticas, conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía –de un modo efectivo-, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Así, también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que solo algunos de ellos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones “justas”, entendiendo estas como decisiones correctas e imparciales.⁴⁶

Es al interior de dicha tensión entre representación, voluntad popular y poder judicial, en que se desarrollan los principales ataques al control judicial de constitucionalidad (*Judicial Review*), los cuales lejos de ser novedosos han sido expuestos desde diferentes ángulos a partir del dictado mismo de la Constitución de Filadelfia (1787), cuando el poder federal fue objeto de la disputa suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801 – 1805). El fallo mas relevante dentro de esta polémica es el célebre caso “Marbury vs. Madison” redactado por el *Chief Justice* John Marshall, el cual fue proferido al interior de ese enrarecido y polémico clima político. La relevancia de este fallo se deriva del hecho, de que para muchos ese instituto (control de constitucionalidad) no se encontraba expresamente previsto en la Constitución norteamericana, al punto de afirmar que es con base a esa usurpación auto-abrogada por Marshall que aún se mantiene activo el *Judicial Review* en los Estados Unidos; los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder nacieron junto con el dictado del célebre fallo.⁴⁷

⁴⁵ Entiendase al control judicial de las leyes o judicial review (Control de Constitucionalidad) como forma de poner límite al poder legislativo y reformativo del Congreso.

⁴⁶ GARGARELLA, R. (1996) Justicia Frente al Gobierno. Barcelona: Editorial Ariel. PP. 12

⁴⁷ GARCÍA-MANSILLA, M. (2009) Estado Actual del Debate sobre el Control

de Judicial Constitucionalidad en los Estados Unidos. Buenos Aires. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. PP. 11

Sin embargo, en los últimos 50 años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la “Dificultad Contramayoritaria”, es decir, “¿*Por qué jueces que no son electos por el pueblo pueden invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática?*”, en otras palabras, con “*Dificultad Contramayoritaria*” se hace referencia a la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Así, “la corriente jurídica que se encuentra en oposición a toda idea de supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y específicamente a toda idea de supremacía de los tribunales constitucionales según la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la Constitución en última instancia”⁴⁸

Larry Kramer -uno de los teóricos más importantes del Constitucionalismo Popular- asocia el Constitucionalismo Popular con la visión conforme a la cual, quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente.

Para Roberto Gargarella, quien es en Latinoamérica uno de los principales socializadores de las ideas del Constitucionalismo Popular, esta corriente jurídica podría compartir a rasgos generales, una cierta *hostilidad* hacia el sistema judicial hoy existente, por considerar que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo mas directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer su punto de vista acerca de lo que significa la Constitución. En este sentido, el Constitucionalismo Popular se nos muestra como una *Reforma Protestante* al jerárquico y cerrado poder custodio y portador de la *verdad constitucional*.

Finalmente, dentro de este proceso resalta Peter Häberle, teórico alemán pionero en el enfoque cultural a la Constitución

⁴⁸ RINCON S., J. ob. Cit. Pp. 124

y gran comparativista, quien sostiene lo que en nuestro concepto sería una línea intermedia entre la teoría de Elster y el ala más radical del Constitucionalismo Popular; en su trabajo la “Sociedad Abierta los Interpretes” (2002) defiende una jurisdicción constitucional en la cual se de cabida de forma institucional a la opinión pública y a los actores sociales pertenecientes al complejo abanico cultural que suponen los Estados Modernos.

Dentro de la academia jurídica Alemana, el nombre de Peter Häberle es sin duda alguna uno de los más conocidos e importantes. Para muchos, es de los pensadores alemanes vivos con mayores contribuciones al pensamiento jurídico moderno.

Para ubicar a Häberle al interior de la tradición alemana es necesario situar sus “linajes” intelectuales; en ese sentido vale afirmar que Peter Häberle es heredero de la tradición que desarrollaría Rudolf Smed y que luego continuaría con Konrad Hesse hasta llegar al profesor Häberle quien sin duda al desarrollarla le dará un tinte cultural especial. Pero en su pensamiento jurídico no solo confluye la tradición alemana de Smed y Hesse, sino que también se nutre del pensamiento constitucional de Hermann Heller. En su obra “El Estado constitucional”, que es materia de estudio en el presente trabajo de manera especial, el propio Häberle, asegura que a Hermann Heller “le debe más que a nadie” y que en “el plano científico debo a Heller la profunda comprensión del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo una teoría científico-cultural de la Constitución”⁴⁹

En igual sentido tampoco puede sobreestimarse la influencia que tuvo la importante teoría de Heller en relación a los conceptos de Normalidad y Norma, en ese sentido Häberle comenta, “así como no puede estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco puede serlo la normalidad y normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de Constitución.” Al interior de esta realidad del ser (normalidad) se incluyen factores de tipo culturales a los que Häberle prestaría gran atención, y con base a los cuales desarrollaría su teoría de la Interpretación constitucional.

⁴⁹ **PETER HÄBERLE:** “El Estado Constitucional” Traducción de Diego Vadaléz, fondo editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú. 2003. pp. XXiii

Häberle tiene el mérito de haber nutrido a la teoría constitucional con teorías sistemáticas donde se dan cabida a elementos o categorías innovadoras y de gran utilidad analítica. Al entender la Constitución como una ciencia cultural, el autor introduce las particularidades históricamente construidas por los pueblos a los cuales las constituciones regulan, de lo que se desprende que el discurso constitucional es siempre –necesariamente– un discurso históricamente condicionado. Este es el otro gran aporte, que adopta la categoría de Tiempo, como forma o medio para entender el fenómeno constitucional, al respecto afirma “el Estado constitucional vive en el “curso del tiempo” para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio”

El profesor Diego Valadés entiende que en la teoría de Häberle, Constitución se traduce en un doble proceso cultural, Por una parte, el de naturaleza temporal y, por otra, el de naturaleza espacial. En el temporal hay una dualidad (diacrónico – resulta de la experiencia histórica y el sincrónico – que corresponde al proceso constituyente) y el espacial es en el que se identifican los elementos que diferentes actos constituyentes han aportado al Estado Constitucional de nuestro tiempo (referencias comunes que han sido incorporados selectivamente por diferentes sociedades).

La particular relevancia de la teoría cultural de la Constitución estriba en el hecho de que ésta supone un mayor grado de seguridad para la norma suprema y, por tanto, para el Estado. Si de la abstracción pasamos a la concreción veremos que todo esto no quiere decir otra cosa que “convertir las convicciones de libertad, dignidad, seguridad, justicia y equidad que sustenta una comunidad, en conducta y norma de garantía a la vez”

En la “Sociedad Abierta a los Intérpretes Constitucionales”, escrita originalmente en el año de 1975 y publicada en español al interior de la colección de Temas de Derecho Publico, dirigida por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita (Universidad Externado de Colombia), Häberle traza los principales pilares argumentativos de la forma en la que entiende el proceso de definición de sentido y alcance al texto constitucional, naturalmente en sintonía directa con su perspectiva culturalista. Lo que Häberle tratará de responder es la pregunta en relación a quienes deben tomar

parte en la interpretación constitucional, cuya importancia es que sobre quienes recaiga tal capacidad será quienes logren imponer su visión o lectura de la realidad constitucional sobre la totalidad social, razón por la cual, Häberle considera que al interior del Estado Constitucional, el principio democrático permite suponer que “¡No existe un *numerus clausus* de Interpretes de la Constitución!”.

En ese sentido, Peter Häberle, critica el hecho de que hasta el momento la interpretación de la Constitución ha sido un asunto de la sociedad cerrada –tomando la celebre categorización sugerida por Isaías Berlín- en la cual la interpretación de la norma de normas es un asunto gremial, en la medida en que es estrictamente limitado las realidades que entran a jugar en el proceso constitucional formal. Por lo tanto, es necesario abrir a la sociedad a sus intérpretes convocando las opiniones y realidades de los ciudadanos del común, grupos civiles, órganos estatales y opinión pública en general, en la medida en que como experimentadores del derecho son también “fuerza productiva interpretadora”. De lo que se trata si se quiere, es de una Democratización de la interpretación constitucional, de cómo la teoría de la interpretación tiene ante todo que asegurarse en forma teórico-democrática y viceversa. No existe interpretación alguna de la Constitución sin la mencionada participación del ciudadano activo y de las potencialidades públicas.

Todo el que viva en y con las circunstancias de hecho reguladas por la norma es intérprete indirecto y, dado el caso, también intérprete directo de la norma. El destinatario de las normas toma parte del suceso de interpretación con mayor intensidad de lo que de ordinario se admite. Puesto que no son sólo los intérpretes constitucionales los que viven las normas, no son ellos los únicos intérpretes, ni siquiera los más importantes.

Por lo tanto, la propuesta de Häberle apunta a dos objetivos complementarios, a saber, transformar la interpretación constitucional en un supuesto del orden democrático y participativo, e identificar la misma como un elemento más de la cultura en concreto. Dichos objetivos complementarios implican dos requisitos: la estabilidad de la norma (decisión política) y la adhesión a ella por parte de la comunidad política (fenómeno cultural). “Sin estabilidad y adhesión la interpretación es imposible. De acuerdo con lo anterior puede

decirse que la interpretación abierta sólo es posible en el Estado Constitucional”

La Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional:⁵⁰

De los Procesos históricos de la jurisdicción constitucional:

Para Peter Häberle, las fases históricas de desarrollo de la jurisdicción constitucional; están marcadas por un proceso temprano y de desarrollo continuo. En cuanto al desarrollo temprano, colige que, junto a la “jurisdicción constitucional no autónoma” en la forma de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica (*Marbury versus Madison* tuvo su centésimo segundo aniversario) y junto al Tribunal Estatal de la Constitución del Imperio de Weimar, dotado sólo con modestas competencias pero respetablemente autónomo (1919), el mérito de ser el pionero se lo debemos a Austria. Este país, junto con los relevantes textos clásicos de Hans Kelsen, hizo surgir a la jurisdicción constitucional autónoma. Su efecto ejemplarizante irradia considerablemente a medio y a largo plazo. Las tempranas ideas federales tuvieron eficacia legitimadora especialmente en Alemania, lo que es una clave del viejo Consejo Federal de la Constitución de Bismarck de 1871: artículo 76. En esta etapa, las correspondientes doctrinas desarrolladas en los Estados Unidos de Norteamérica, como la “preferred freedoms doctrine” o la doctrina de las “political questions”⁵¹, tuvieron éxito en la Vieja Europa sólo después de

⁵⁰ Traducción de Joaquín Brage Camazano.

51 En la legislación estadounidense , una **cuestión política** es una decisión controversial derivada de una declaración de un tribunal federal al no pronunciarse en un caso debido a que: - La Constitución de los EE.UU. se ha comprometido la toma de decisiones en esta materia para coordinar una rama del gobierno federal, o - Hay falta de normas para los tribunales a aplicar, o - El tribunal considera que es prudente no interferir. Recientemente, los tribunales han discutido la autoridad del Presidente sobre los asuntos exteriores, en particular de las facultades para derogar los tratados y enviar tropas, éstas discusiones están dentro de la dogmática de la political questions. La doctrina tiene sus raíces en el deseo de la justicia federal para evitar la inserción de sí mismo en los conflictos entre los poderes del gobierno federal. Se justifica por la noción de que existen algunas preguntas que resuelven mejor a través del proceso político, los electores aprobar o corregir la acción cuestionada por votar a favor o en contra de los involucrados en la decisión. Justicia Felix Frankfurter fue un activo y elocuente exponente de mantener y ampliar la doctrina de la cuestión política. Los críticos de la doctrina argumentan que tiene o no poca base en el texto de la Constitución y es utilizado por los tribunales para eludir la responsabilidad de las preguntas difíciles. Los casos importantes discutir la doctrina de la cuestión política: - *Marbury v. Madison* , 5 EE.UU. (1 Cranch) 137 (1803), el origen de la frase. - *Luther v. Borden* , de 48 años EE.UU. 1 (1849) - Garantía de una forma republicana de gobierno es una cuestión política que debe asumir el Presidente y el Congreso; - *Coleman v. Miller* , 307 EE.UU. 433 (1939) - el modo de modificar la Constitución federal es una cuestión

la Segunda Guerra Mundial, pero, por así decirlo, estaban preparadas para el proceso de recepción creativa, si bien serían asumidas sólo con modificaciones o también rechazadas.

Por otro lado, la fase del desarrollo, comienza *después* de 1945, lo que no es ninguna coincidencia, porque el rechazo de los Estados totalitarios o autoritarios en Europa, la construcción de Estados constitucionales democráticos hizo poner la mirada en la posibilidad de una jurisdicción constitucional conformada como siempre. Para Heberle, se puede decir que en el viejo continente, la “hora estelar” de la jurisdicción constitucional autónoma comienza entonces. Uno tras otro, desarrollan ejemplarmente el modelo de Italia (1947), la República Federal Alemana en su Ley Fundamental (1949), antes fueron las Constituciones de los *Länder* de Baviera y Essen (1946); más bien tanteando lentamente pero luego más fortalecida, Francia en la forma del *Conseil Constitutionnel* de la Quinta República (1958), aquí incluso en procesos de crecimiento que “van recogiendo” competencias, autoridad y legitimidad a través, por ejemplo, del Preámbulo concebido normativamente y, con ello, de los derechos humanos. Portugal (1976) y España (1978) siguieron con tribunales constitucionales dotados con competencias especialmente ricas y comienza, tanto en el ámbito institucional como también en la jurisprudencia práctica, una “conversación” intensiva entre los tribunales constitucionales de la Europa, por aquel entonces evidentemente todavía no reunificada. No puede quedar fuera de la mirada Suiza, que confía, en la vieja (1874) como en la nueva Constitución Federal (2000), al Tribunal Federal en Lausana la jurisdicción constitucional material, bien que limitada (artículo 289 de la nueva Constitución Federal).

política; - *Colegrove v. Verde* , 328 EE.UU. 549 (1946) - Reparto de los distritos del Congreso es una cuestión política [revocada por *Baker v. Carr*]; - *Baker v. Carr* , 369 EE.UU. 186 (1962) - Reparto de las legislaturas estatales en los que el tribunal dictaminó que no era una cuestión política; - *Powell v. McCormack* , 395 EE.UU. 486 (1969) - la autoridad del Congreso para excluir a los miembros que han cumplido con los requisitos para servir, no es una cuestión política; - *Goldwater v. Carter* , 444 EE.UU. 996 (1979) - la autoridad presidencial de suspender los tratados es una cuestión política; - *INS v. Chadha* , 462 EE.UU. 919 (1983) - Constitucionalidad de la casa legislativa un derecho de veto no es una cuestión política; - *Nixon contra los Estados Unidos* , 506 EE.UU. 224 (1993) - la autoridad del Senado para tratar de juicio político y juicio político son cuestiones políticas.

El destacado autor alemán señala que , deben destacarse los dos “tribunales *constitucionales* europeos” en Luxemburgo y Estrasburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde mi perspectiva, comienzan desde el principio a ser tribunales constitucionales autónomos sectorialmente limitados, esto es, en el Derecho constitucional de la Unión Europea (antes, Comunidad Económica Europea) o en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Desde 1989, la marcha triunfal de la jurisdicción constitucional sigue ganando velocidad. Absolutamente todos los Estados reformados en la Europa del Este (así como todos los cinco nuevos Länder federados alemanes) crean una jurisdicción constitucional de tipo autónomo y muchos de ellos practican también “refinamientos” como el voto particular (así, por ejemplo, en Kiev o el Zagreb). Algunos países comienzan con el dominio de los problemas de la transición [así, especialmente consciente, el Tribunal Constitucional en Hungría, que conoce incluso del amparo constitucional popular, como por lo demás también Baviera (1946) y Colombia (1991/96: artículos 241, 242)].

En toda Europa es reconocida también la rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Polonia, Croacia y Eslovenia. La jurisdicción constitucional asume en Europa oriental (ahora también, en los Balcanes, en Bosnia, con nuevos textos) una función frecuentemente de largo alcance en la difícil vía al desarrollo desde el Estado comunista unitario a la democracia pluralista. Lleva a cabo no sólo “interpretación constitucional”, sino también, en una consideración material, *legislación* constitucional puntualmente creativa.

De ello puede deducirse el dato de que la función de la jurisdicción constitucional es variable, flexible en el tiempo y en el espacio. Puede convertirse en autoridad conformadora de la Constitución según la fase de desarrollo del concreto Estado constitucional que ella contribuye a garantizar.

Finalmente en cuanto a este proceso de desarrollo, Häberle, establece que, la jurisdicción constitucional está incluida como elemento y garantía del “constitucionalismo latinoamericano” que se va perfilando. Si, ya a mediados del siglo XIX, México había creado pioneramente el proceso del amparo, hoy puede alardear de su *Supreme Court* tan vital. En cuatro Estados miembros mexicanos hay incluso una jurisdicción

constitucional regional propia (allí llamada “Justicia constitucional local”). La jurisdicción constitucional autónoma es, en muchos países latinoamericanos, un componente integrante de la vida constitucional. En este proceso el autor destaca el avance colombiano al extremo de señalar que “Colombia puede desmembrarse con una guerra civil, pero su jurisdicción constitucional tan intensiva crea textos pretorianos que, por primera vez en el mundo, luego pueden desarrollar fuerza normadora e incluso se crean “en reserva”.

Algunas consecuencias Teórico Constitucionales:

Para Peter Häberle, la expansión casi mundial de la jurisdicción constitucional arroja algo más que simples “materiales” para el marco teórico. Según su posición, la jurisdicción constitucional pertenece desde luego al programa de contraste ideal y real frente a todo totalitarismo, tanto de derechas como de izquierdas, siendo un garante esencial, aunque no el único, frente a todo sistema totalitario o autoritario.

Asimismo, señala que dentro de una visión internacionalista, los tribunales creados por la ONU en los ámbitos de la ex Yugoslavia y Ruanda, de un lado, y ahora, de otro lado, el Tribunal Penal Internacional, no por casualidad bautizado en Roma, constituyen piedras de mosaico en el camino hacia una “Constitución de la Comunidad internacional”, como la concibió Verdross⁵² ya en 1926.

Para él, el Tribunal Penal Internacional, como institución permanente, puede no sólo constitucionalizar “pieza a pieza” el Derecho internacional, sino que también puede tener efecto

⁵² Según Josef L. Kuns , Verdross, es uno de los más grandes internacionalistas de nuestra época, es, al mismo tiempo, un gran filósofo del derecho. Kelsen y Verdross han dedicado su vida al estudio del derecho internacional y la filosofía jurídica. Pero entre ellos hay una diferencia de mucha importancia. Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena, creador de la Teoría pura del derecho es, ante todo, jurista teórico, y ha llegado al derecho internacional por razones que derivan de su propia teoría. Verdross, por el contrario, es, ante todo, internacionalista, y ha llegado a la filosofía del derecho por razones oriundas del derecho internacional. Esta diferencia explica mucho de lo que tienen en común, y mucho, también, de lo que los separa. A ello hay que añadir la divergencia básica de sus cosmovisiones. Verdross es hombre de profunda convicción católica, mientras que Kelsen defiende una teoría relativista de los valores. Verdross explica sus tesis de que el derecho no puede ser un orden autosuficiente, de que está íntimamente ligado con la ética y de que en el internacional la actitud moral de respeto al derecho es más importante que la sanción. Por ello pudo escribir que su extenso Tratado de Derecho Internacional el que se inspira en la Escuela Española y, particularmente, en las ideas de Francisco Suárez.

irradiador en el interior de cada Estado constitucional-parte: elementos del Derecho mundial y del Estado constitucional nacional colaboran aquí hacia el futuro.

Los jueces ejercitados en el Derecho constitucional nacional insertan en las deliberaciones de sentencia su instrumental jurídico, tanto metódicamente como en cuanto al fondo. El Tribunal Penal Internacional puede ser, de modo indirecto, una pieza para la jurisdicción constitucional: en la medida en que el Derecho penal europeo comunitario, también americano comunitario, es *indirectamente* Derecho constitucional (no sólo en las garantías del *due process*⁵³).

Existencia de un marco teórico para el estado constitucional:

Peter Häberle, establece que el Estado constitucional es el resultado “provisional” de una larga historia de desarrollo en el espacio y en el tiempo. El “Estado constitucional europeizado” experimenta tantos contratiempos una y otra vez y sigue siendo tan propenso al error como estando en peligro, porque es vivido por hombres concretos: es un logro *cultural par excellence* en el que han cooperado muchas épocas, naciones y ciudadanos, desde los pensadores clásicos de la vieja Grecia hasta los pensadores modernos como Montesquieu, Rousseau, Kant y por último J. Rawls y H. Jonas entre otros.

Según su opinión, para el Estado constitucional son elementales la dignidad humana como *premisa* antropológico-cultural y la democracia pluralista como su *consecuencia* organizatoria en todas sus variantes, hasta la democracia semidirecta en Suiza⁵⁴.

Por ende un marco conceptual o doctrinario del estado constitucional, implica el tratamiento obligatorio del Estado de Derecho, la división horizontal de poderes, los derechos del hombre se suman a lo anterior, al igual que los llamados derechos políticos o “libertades públicas”, como los llama la Constitución española.

⁵³ El “Due Process constituye parte de la doctrina jurídica del conomn law establecida primigeniamente en la Clausula 39 de la Carta Magna de Juan de Inglaterra de 1215 por la cual “ningún hombre libre sería incautado o privado de sus derechos y posesiones o fuera de la ley o exiliado, nise procede contra él a la fuerza, excepto por el juicio legal de sus iguales o por la ley de la tierra”

⁵⁴ Suiza es una democracia semidirecta, pues, a parte del parlamento, es también el pueblo quien configura constantemente su constitución política y sus leyes.

En igual modo, el federalismo y su “pequeño hermano” el regionalismo, legitimados a partir de la idea de la división vertical de poder. Ejemplos de ello son Gran Bretaña (Escocia, Gales) y también se habla ahora incluso en París de la “Francia de las regiones⁵⁵”.

Asimismo, la división de poderes hay que continuarla también en el interior de los ámbitos *sociales*, por ejemplo como división social de poder entre los empresarios y los trabajadores o como división publicística entre la prensa y la radiodifusión y la televisión. La publicidad recibida (materialmente, en atención a la *res publica* y a la *salus publica*) de Cicerón debe ser comprendida pluralmente, lo que rige sobre todo para el ámbito de los medios de comunicación. El poder económico acumulado, el poder mediático y el poder político ponen en peligro el núcleo de la sociedad abierta en el sentido de Popper.

Por otro lado, Häberle, establece que los textos clásicos surgen como una suerte de textos constitucionales en sentido amplio. En efecto, junto a los textos constitucionales de Derecho positivo de una Constitución escrita y las formas de manifestación no escritas como por ejemplo, el Derecho judicial, surgen los textos constitucionales *en sentido amplio* como textos constitucionales en sentido estricto, por ende pasan a constituir parte de la *cultura*; innegablemente según él, los grandes pensadores a través de sus textos clásicos guían a los juristas, pero también guían el proceso político.

Para él incluso, las palabras de los poetas se pueden convertir en textos constitucionales en sentido amplio, lo que es evidente en el caso de F. Schiller (“Sire, dé usted libertad de pensamiento”: *Don Carlos*). También provocaciones como la de B. Brecht (“Todo el poder estatal procede del pueblo, pero: ¿adónde va?”) entre otros. Dentro de este dogma, para Häberle la literatura trasciende de su narrativa para constituirse fuente de pensamiento doctrinario para la consolidación del estado constitucional, según el, no bastaría leer la Constitución “con los ojos” de Montesquieu o Kant”, sin sobrestimar opciones jurisprudenciales como “Marbury vs. Madison” (1803) que es un texto clásico de la mano de un juez, así como los *Federalist*

⁵⁵ Francia está dividida en 26 **regiones** (en francés: régions), de las cuales 22 están en la Francia Metropolitana, y cuatro son de ultramar. Las regiones de Francia están a su vez subdivididas en entre 1 y 8 departamentos.

Paper que son “una serie de 85 artículos o ensayos abogando por la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos . Setenta y siete de los ensayos se publicaron por entregas en *La Revista Independiente* y *El Paquete de Nueva York* entre octubre de 1787 y agosto 1788”⁵⁶.

Además, según este autor, dentro de este marco teórico es incuestionable la existencia de los tribunales constitucionales como participantes reales y ficticios en el contrato social. En este punto Häberle agrega que “el paradigma del contrato social, desde J. Locke hasta J. Rawls, pasando por I. Kant, tiene hoy que incluir también a la jurisdicción constitucional. La Constitución es un diario “tolerarse y soportarse de todos los ciudadanos”. Dicha jurisdicción participa en el mantenimiento, y reafirmación y progreso diarios, del contrato social, comprometida con el desarrollo de la Constitución como proceso público. Sus competencias frecuentemente amplias lo muestran, al igual que su responsabilidad, por la que velan conscientemente los jueces y ello no sólo en las decisiones llamadas centrales y en las sentencias básicas. Por lo menos, se puede decir que la jurisdicción constitucional tiene participación “pro indiviso” en la responsabilidad, en el “trabajarse el consenso básico” de un pueblo. En la sociedad abierta de los constituyentes e intérpretes constitucionales le corresponde un lugar profesional y especialmente próximo a los ciudadanos.

Las concretas tareas de una jurisdicción constitucional resultan de la Constitución positiva o de sus regulaciones competenciales. Pero detrás de ello está “lo general”: la tarea de limitación del poder, de igual modo que la Constitución en conjunto también es restricción del poder, conforme señalara Smend; luego, la protección de los ciudadanos, especialmente allí donde hay acceso directo al tribunal constitucional (el recurso de amparo), de ahí el dicho del tribunal constitucional como “tribunal cívico” *par excellence*; otra tarea más es la integración de los órganos constitucionales, en cualquier controversia; como por ejemplo lo establece la Ley Fundamental de Bonn.

En este marco doctrinario, Häberle considera a la comparación jurídica como “quinto” método hermenéutico, es decir como

⁵⁶ **Jackson, Kenneth T.** La Enciclopedia de la Ciudad de Nueva York: La Sociedad Histórica de Nueva York, Yale University Press, 1995. p.194

un elemento vital de la interpretación del dogma del estado constitucional. Así, según su postura, el “pluralismo metódico” implica que la interacción de los métodos interpretativos no es determinable de antemano tampoco ni siquiera para los jueces constitucionales. El peso de los “elementos de interpretación” depende del caso concreto; se controla a través de contenidos últimos y penúltimos de justicia del juez experimentado (su “juicio”), materialmente por principios constitucionales y también textos de los clásicos.

En Europa hay que tomar en consideración, hoy en día, las cadenas de precedentes de otros tribunales constitucionales europeos. La comparación jurídica se refiere, en el Estado constitucional, a la flexible tríada de textos, teorías y doctrinas jurisprudenciales. La labor científica con colaboradores de otros países y culturas jurídicas, puede y debe aportar muchos trabajos preliminares. Así, es conocido que el Tribunal Constitucional en Madrid ha recepcionado elementos del federalismo alemán; la carrera del concepto smendiano de la “lealtad federal⁵⁷” en toda Europa, hasta en Bélgica, es paradigmática. El Tribunal Constitucional Federal Alemán puede aducir un efecto irradiador de su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales a lo largo de Europa, también de su jurisprudencia del pluralismo en el ámbito de los medios de comunicación social.

Aquí poco se puede predecir desde una perspectiva científico-dogmática. Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en

⁵⁷ Smend ya se había enfrentado a la interpretación positivista literal que predominaba en su época en su libro *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), en el que, rompiendo con la rígida separación entre Ser y Deber Ser de la época, introdujo la conexión entre la realidad y el Derecho estableciendo que esa realidad había de ser integrada en la interpretación, lo que le llevaría a reconocer la existencia de un Derecho constitucional no escrito, especialmente el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce remitiéndose a la obra de Smend; y también ha tenido esta doctrina su impacto, aunque sea “a ciegas”, sobre otras jurisdicciones constitucionales). La teoría de la integración que Smend construye ya durante la República de Weimar en su obra *Constitución y Derecho constitucional* está en línea de continuidad con esta otra a que acabamos de referirnos. Para mejor extensión del tema recomendamos leer a **Joaquín Brage Camazano** en **“La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”** Comunicación presentada en la “Jornada sobre Orientación y Método en el Derecho Constitucional” en la sede de la UNED en Madrid, el 16 de noviembre de 2007.

los Estados Unidos de Norteamérica⁵⁸ como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor).

Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia, esto último según él, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional Federal Alemán: porque su Parlamento ha fallado a lo largo de décadas.

Häberle, deja bien sentada su posición de que “la jurisdicción constitucional no es un “guardián de la Constitución” *per se* y no desde luego algo así como un único guardián. En una democracia pluralista, *todos* los ciudadanos son “guardianes” de la Constitución: desde el ciudadano normal hasta el Presidente del Estado, también es guardián el ciudadano que eleva un recurso constitucional de amparo así como el representante [parlamentario] que defiende su *status* por medio de una demanda orgánica”.

Finalmente, en lo que respecta a su noción teórica del estado constitucional, Häberle asume al Derecho procesal constitucional como “Derecho constitucional concretizado”, según su opinión “esta máxima, trabajada en 1976⁵⁹, pretende decir: un tribunal constitucional debería vivir según sus *propias* reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede incluso crearlas en parte”, resalta que este proceso es de constante discusión en México y Perú⁶⁰.

El Estado Constitucional, según Peter Häberle:⁶¹

⁵⁸ Una de las decisiones más importantes de la Supreme Court de los Estados Unidos de Norteamérica con un fuerte acento en el “judicial activism” es *United States v. Carolene Products W.*, 304 U.pp. 144, con su famosa “Footnote 4”; de la literatura sobre ello, véase B. Ackermann, “Beyond Carolene Products”, 98 Harvard Law Review 713 (1985); véase ya la discusión monográfica de temas como el “judicial activism” y el “judicial restraint” ya en A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962.

⁵⁹ **Peter Häberle:** Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar, presentación y edición a cargo de Domingo García Belaunde, Palestra/APDC, Lima, 2004, pp. 23 ss.

⁶⁰ Sobre ello, D.G. Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, 1998; C. Landa, *Teoría del Derecho procesal constitucional*, 2003.

⁶¹ **Peter Häberle:** Traducción e Introducción de Diego Valadés. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2003

Habiendo esbozado el pensamiento de Peter Häberle en cuanto a la “Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional”, y habiendo establecido sus matices particulares, es necesario definir dentro de su pensamiento el ideal llamado “Estado Constitucional”, obra que fuera traducida al español por primera vez por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la dirección del doctor Diego Valadés.

En esta Obra, encontramos en el autor, un demócrata convicto y confeso, que invita a comprender la relación entre derecho y cultura como uno de los mejores pilares de l pacto social. Desde esta perspectiva como manifestara Valadés, la teoría Haberliana es auténticamente renacentista, es la primera de las grandes construcciones teóricas de la constitución que rescata los auténticos valores y principios del clasicismo⁶², en palabras de este jurista mexicano, “Miguel Ángel decía que él no inventaba las formas; que solo le quitaba a la piedra lo que sobraba, parece como si Peter Häberle, hubiera procedido con el mismo toque genial...y es que ni el artista ni el jurista se han apartado un ápice de la realidad; lo que cada uno a hecho en su tiempo y en su esfera, es descubrir lo que permanecía oculto para los demás. El artista advierte la belleza ante lo que otros quedan indiferentes, y el científico encuentra nuevas verdades donde otros se conforman con lo establecido”.

Para cierto sector de la doctrina constitucional, el desprestigio de la burocracia y la corrupción generada del estado de bienestar⁶³, han tenido como respuesta el desmantelamiento del estado y el impulso del Estado Constitucional.

⁶² El **clasicismo** es una corriente de pensamiento estética e intelectual que tuvo su apogeo en los siglos XVIII y XIX, abarcando desde 1730 a 1820, aproximadamente, inspirado en los patrones estéticos y filosóficos de la Grecia Clásica. Se expresó en todos los dominios del arte, desde la arquitectura y la música hasta la pintura y la literatura.

⁶³ El Estado de Bienestar, proceso institucional de gran recorrido histórico, es objeto en las décadas recientes de un arduo debate en torno a las implicaciones de sus funciones en la cohesión social. El resultado teórico de Europa se localiza en la concepción de Keynes expresada en su “Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero”, publicada en 1936. El Estado de bienestar es el punto de convergencia entre el objetivo de primer orden (el desarrollo del mercado) y el de segundo orden (concepción protectora). Esta nueva forma de concebir el orden social se apoya en tres principios básicos. El contrato social, el mercado autorregulado y el seguro. Léase a GONZÁLEZ-SEARA, L. en “Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar. En Las estructuras del Bienestar en Europa”, Editorial Civitas, Madrid, 2000. pp 119 y sgtes. Se considera cuatro elementos para el origen y consolidación de los Estados de Bienestar. En primer lugar, la revolución industrial, que expresa

En palabras de Valadés, la obra denominada “El Estado Constitucional” de Peter Häberle, ofrece una amplia gama de argumentos en torno a la consolidación de la democracia a través de la constitución, y presenta un enfoque original para entender las relaciones entre norma y cultura. Se trata de una de las formulaciones teóricas de la constitución más relevantes del siglo anterior, y será sin duda una de las más esclarecedoras en el que comienza.

Del Tipo del Estado Constitucional como conquista cultural:

Según Peter Häberle, la teoría de la constitución tiene por objeto el tipo de constituciones democráticas; y se compone de elementos ideales y reales, que no han sido alcanzados en ningún estado, pero que apuntan a una situación óptima. Estos elementos son: la dignidad humana, el principio de la soberanía popular, la constitución como contrato los principios del estado de derecho y el estado social, las garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción, entre otros.

A través de la descripción de estos elementos; el autor bajo estudio pretende poner en claro que éste tipo de norma normarum, es una conquista cultural de la civilización occidental, cuyos principios afianzadores deben de ser conservados e incluso mejorarlos. Para él así como se configuraría un “espíritu de las leyes”, debería configurarse dentro de este proceso cultural un “espíritu de las constituciones - estado constitucional” y su “proceso de configuración de cada pueblo”; así en la medida que el estado constitucional resulta universal, su respectiva configuración nacional, resulta individual.

El Concepto de Constitución: Concepción Mixta de la Constitución:

El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por su democracia pluralista, en donde su constitución posee una validez formal superior, siendo el

la ruptura con el orden social vigente y su cohesión social y el fortalecimiento del mercado como expresión de la relación social; en segundo lugar, la construcción de propuestas sociales y políticas reales, alternativas al capitalismo; en tercer lugar, la presencia de la ideología que se fundamenta en el principio político de sostener el Bienestar Social, y por último, la aceptación de la intervención estatal presente en la obra de Keynes. Léase MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: El Estado de Bienestar en el cambio del siglo, Alianza editorial, Madrid. 2000.

ejemplo más impresionante la Constitución de EE UU con más de dos siglos de vigencia y unas 28 enmiendas, cuyo proceso de cambio ha sido vía la jurisprudencia constitucional.

A través de ella se constituye no solo el estado, sino también su sociedad. Así permite la institucionalización de su estructura y abre el espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia. Frente a este transfondo debe considerarse a la constitución como un estadio cultural, toda vez que al desarrollar su forma especial de protección de bienes y derechos, lo hace en suma al servicio de su identidad cultural, como su patrimonio y fundamento de sus esperanzas.

Así, la constitución escrita constituye un óptimo regulador variable. La lista de temas del estado constitucional está abierta. Ello se explica como determinados principios han ido desarrollándose tales como el principio del estado de derecho, que ha hecho carrera en todo el mundo incluido Europa Oriental y África en correspondencia con el “rule of law” o primacía del principio de legalidad, angloamericano; siendo así la lista de temas a incorporar constitucionalmente está abierta.

Cabe acotar que, según Häberle, el estado constitucional toca tanto la ratio y la emotio, e implica el principio esperanza. Tanto la teoría de la constitución, como el estado constitucional, deben conceder al ser humano espacio para un “quantum de utopía”, no solo en la forma de los límites de las libertades culturales y su promoción, sino también los textos constitucionales deben normar las esperanzas.

Inclusión de los estados reformados, los micros estados y los países en desarrollo:

Häberle establece el carácter controversial de reservar el concepto de micro estado solo para aquellos que no se encuentran dentro de las potencias mundiales, resaltando que en doctrina se considera a los índices de población, la extensión del territorio o la medida del poder, como factores de tal atribución, así el propone un número máximo de 500,000 habitantes para ser calificado como tal.

Resalta la existencia de estos bloques constitucionales, a razón de los fenómenos de desintegración del bloque de Europa oriental, agrega en base a esto que “la esperanza es que los pequeños estados constitucionales que surgen de este modo puedan construirse duraderamente sobre el tesoro de

experiencias de los verdaderos “microestados” y que la teoría constitucional del micro estado incluya a estos pequeños estados”. Adicionalmente, el autor citando a Willy Brandt⁶⁴, brinda una definición de lo que implica un país en desarrollo, estableciendo que “el desarrollo es más que el paso de la pobreza a la riqueza, de una economía agraria tradicional a una comunidad urbana compleja. El desarrollo implica no solo una idea de bienestar material, sino también la idea de mayor dignidad, seguridad, justicia e igualdad de los seres humanos”. De este modo, según él, los elementos del tipo “estado constitucional” se incorporan a este concepto de país en desarrollo, por más importantes que sean los criterios económicos.

La teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y de la cultura:

En este punto el autor se plantea si es el momento para la consolidación de un Manual Europeo Común de Derecho Constitucional; para ello podrían servir de modelo la doctrina alemana relacionada a los cuarenta años de la ley Fundamental de Bonn, la que podría ser completada por “obras paralelas” como las relativas a los veinte años de la constitución española y de los cincuenta años de la constitución italiana; solo así quedará libre la visión para el rico acontecer en materia del estado constitucional europeo, sin negar el aporte de la literatura en dicho proceso.

Para Häberle si en el estado constitucional la premisa antropológica cultural es la persona y su dignidad, es posible dar un fundamento teórico constitucional de las mesas de negociación, como producto de una acción cultural dentro del enfoque del contrato social planteado sobre todo en el enfoque kantiano incluido el de Rawls⁶⁵; por ultimo señala que la

⁶⁴ **Herbert Karl Frahm** (Lübeck, 18 de diciembre de 1913 - Unkel, 8 de octubre de 1992), mejor conocido como **Willy Brandt**, fue un político socialdemócrata alemán. Canciller de Alemania entonces aún dividida, concretamente de la Alemania Occidental, entre 1969 y 1974. Willy Brandt fue el nombre que asumió tras ser víctima de la persecución política del régimen de la Alemania Nazi. Entre sus obras destacan “Las Políticas de Paz en Europa-1968”, “La Izquierda y la Libertad: My Path 1930-1950”, entre otras.

⁶⁵ **John Rawls** (21 de febrero de 1921, Baltimore, Estados Unidos, - 24 de noviembre de 2002, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos). Fue un filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad Harvard y autor de Teoría de la Justicia, (1971), Liberalismo Político (1993), The Law of Peoples (1999) y Justice as Fairness: A Restatement (2001). Es

constitución es un pacto de generaciones a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural.

De la triada: Privado – Público – Estatal y el surgimiento del elemento cultura como parte del Estado.

Sostiene que la comunidad política del Estado Constitucional consiste en una pluralidad de ámbitos diferenciados y de ellos vive, sin los cuales no puede haber “pluralismo”. Según él, aquí podría estar comprendido el emergente “espacio público mundial” en temas como la “cosmovisión del Estado” y el “status mundiales hominis”, y la relación público – privada que el estado debe diferenciar plenamente.

Para Häberle, lo privado no debe concebirse primariamente como ámbito excluido y alejado de los contextos de una comunidad política, pues constituye un pedazo de libertad cultural que se constituye dentro de ella y no fuera; bajo esta visión debe tomarse con mayor seriedad las disposiciones del texto constitucional respecto del ámbito privado como zonas de protección de la identidad y la libertad individual.

En cuanto a lo público, el autor en el criterio de Smend, señala que consiste en una dimensión sustantiva y valorativa: se trata de la Salus pública, del paralelograma de las fuerzas, de una comunidad política, a partir de la cual se unen de manera pluralista las fuerzas, luchan entre si en disenso para luego pasar al consenso y encontrar forma propia.

En cuanto a lo estatal, en la línea dogmática de Smend, Häberle, establece que, en el estado constitucional, no hay lugar para supervivencias feudales o monárquicas; en sus palabras “si todo el poder del estado proviene de los ciudadanos que se encuentran en la comunidad ciudadana, no queda espacio para el poder extra o preconstitucional”.

Bajo éstos lineamientos, y considerando que la constitución debe concebirse como previa al estado, lo privado, lo público y lo estatal deben vivir juntos y cada generación tiene la obligación de vivirla y configurar de nuevo esta triada.

Todos éstos preceptos encaminan a ratificar que los elementos del estado tradicionales según la Teoría General del Estado:

ampliamente considerado como uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Su teoría política propone dos principios sobre los cuales basar la noción de justicia a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos.

pueblo – poder – territorio; se ven complementados por un cuarto elemento: “la cultura”. Así el territorio del estado es un territorio culturalmente formado, no un Factum brutum, por su parte el poder debe configurarse de manera cultural ya que en el estado constitucional se encuentra fundado y limitado normativamente, y se halla al servicio de la libertad cultural. En sus palabras, “la cultura y el derecho dan origen a la cultura del derecho”.

República y Monarquía Constitucional:

El autor entiende el concepto República como “libertad”, “democracia” y “responsabilidad”, la cual puede ser vivida por todos los intérpretes constitucionales. Dentro de este enfoque se plantea ¿de qué manera se incorporan las monarquías “supervivientes” en el cuadro general del Estado Constitucional Europeo? ¿Cuál es su contribución al proceso de unificación de Europa? ¿Son un elemento vivo de la cultura europea o un mero adorno formal e histórico? ¿son malas repúblicas?. Para él, en los textos constitucionales (constituciones europeas) se muestra cuan concientes están los constituyentes del valor de representación e integración del elemento monárquico, así como de su fuerza simbólica en el estado constitucional respectivo; así, en su opinión, también en los estados constitucionales las monarquías penetran hasta la capa profunda de las fuentes irracionales del consenso del estado; no obstante acota que las monarquías modernas asumen también la función de una “empresa de servicios”, citando como ejemplo a la monarquía española, destacando su capacidad y efectividad de representación en asuntos del estado.

El autor bajo estudio agrega que debe ser materia de análisis los costos negativos que podrían suponer las estructuras monárquicas en los estados constitucionales, entre ellos, la generación de élites privilegiadas e improductivas con influencias que no generan responsabilidad pública, no obstante es claro en señalar que depende de la historia la concepción que tenga un país de si mismo y de su cultura, para que las monarquías se presenten como una variante legítima y alternativa a la república; así no constituyen una forma contraria al tipo de estado constitucional, a pesar de que lo hayan sido en su momento; por ello de manera prudente, en cuanto a este tema concluye que sería prudente despedirse del

concepto de monarquía constitucional, pues ya ha sido superado en la actualidad.

La evolución histórica y la dimensión del tiempo en la formación del estado constitucional:

Häberle, señala que el estado constitucional es una suma parcial de filosofías políticas, refrendando esto tanto en hechos históricos como la Carta Federal Americana (1789), la Revolución Francesa (1789), la declaración de los derechos humanos, etc; como el aporte de los clásicos autores de la vida constitucional, lo cual ha generado consigo el desarrollo propio de un pensamiento específico, pensamiento que se hace cada vez más necesario cada vez que el derecho constitucional desarrolla de manera más amplia sus conceptos. No obstante, para el autor, el pensamiento jurídico debe verse limitado por los criterios utópicos que buscan la salvación del futuro descuidando el presente; siendo así es necesaria la integración de la realidad, las posibilidades y las necesidades en el proceso de la interpretación jurídico - política dentro de un estado constitucional.

Todo este proceso evolutivo, en cuanto al estado constitucional es verificable, tanto a nivel de una comparación jurídica en el tiempo refrendada en su historia constitucional, como a nivel de una comparación jurídica en el espacio, dimensión correlativa del derecho comparado en el tiempo. En este punto el autor deja en claro que con ello no se busca retroceder al criterio jurídico nazi por ejemplo, sino que más bien se trata de reconocer que los procesos de desarrollo del estado constitucional en última instancia solamente pueden entenderse si se toma en cuenta el espacio, hoy Europa, posteriormente el mundo mismo.

La Dignidad Humana como premisa antropológica cultural del Estado Constitucional, la democracia como consecuencia organizativa.

Por más que en el presente trabajo se haya demostrado el aporte del derecho constitucional alemán a la doctrina jurídica, en esta obra Peter Häberle advierte que a pesar de su gran tradición, no se advierte ninguna formula que pueda considerarse suficientemente manuable de lo que es la dignidad humana, tan solo se plantea una concepción cultural específica sobre ella, y no mirada dentro de un contexto global, a pesar de que ésta garantía jurídica es la vía para que un ser humano

llegue a ser considerado persona; en este ultimo punto, según él, es necesario plantearse dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido entre culturas, por tanto universal.

No obstante afirma que la identidad para realizarse, necesita de una superestructura jurídica de la sociedad, y es en esta donde el principio de la dignidad humana transmite al individuo determinadas concepciones normativas de las personas, las cuales se hallan marcadas por la cultura donde han surgido; prueba de ello es por ejemplo la concepción de la dignidad en la cultura de Oriente es muy diferente a la de occidente. Sin embargo, en el pensamiento Habermasiano, la dignidad humana no solo es analizable en términos culturales específicos, pues teniendo una visión del concepto de identidad en varias culturas se puede mostrar que ciertos componentes de la persona humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, como por ejemplo su libertad, su creación, su trabajo, su ambiente, etc.

En tal sentido para él, el estado constitucional materializa la dignidad humana creando medios para que los ciudadanos sean responsables de su actuación frente a la sociedad que los alberga, así la consolidación de la dignidad humana es el mejor medio para el desarrollo de la relación ciudadano – estado; he ahí de modo directo la vinculación entre la dignidad humana y la democracia, al punto que esta ultima es consecuencia organizativa de la primera, refrendada en un primer plano por la división de poderes y sus sistemas (constitucional, presidencial, parlamentario), etc.

Así, la idea de Häberle, no está alejada a la de otros destacados juristas, por ejemplo para Schumpeter, se identifica a democracia como “...el sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad...” esbozando una noción diferente que – invirtiendo los términos- importa sintetizar un concepto de asociado a la idea de “...sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el

poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo...”⁶⁶.

Por su parte el maestro, Manuel Garcia Pelayo ubica el punto desde la perspectiva de la estructura del Estado Democrático Liberal, y predica que “...Si el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién las ejerce. Mientras que el primero es un intento de realización de la libertad, la segunda lo es de la igualdad, que obra para la democracia como una “verité de foi” más allá de toda duda...”⁶⁷

Peter Häberle enseña que el fundamento del Estado Constitucional es doble: “...la soberanía del pueblo y la dignidad humana...”⁶⁸ y que “... principio organizativo fundamental es la división de poderes, el cual se deriva directamente, en la actual etapa evolutiva del Estado Constitucional, de la garantía de la dignidad humana...” . El autor señala concretamente que “...se trata de una premisa antropológico- cultural, cuya consecuencia organizativa es la democracia ...” y que “...el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no tiene la posibilidad de ejercer en la práctica su derecho al voto o de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación para fines políticos...”

Resulta interesante, en el texto del que se han extraído las citas, ciertas consideraciones que Häberle realiza respecto de lo que llama “...Variantes de la Democracia...” y bien vale transcribir el texto completo: “...En la actualidad, se considera a la democracia, en casi todo el mundo, como la quintaesencia de un ‘buen’ ordenamiento estatal, con lo cual se olvida, frecuentemente que se requiere una caracterización más próxima: como democracia ‘con división de poderes’, ‘vinculada a valores’, ‘en libertad’, ‘pluralista’. Con ello se desechan todas las formas de democracia totalitaria, como las llamadas ‘democracias populares’ en los regímenes socialistas, como el vigente en Alemania Oriental hasta 1989. Al mismo tiempo, en ello se manifiesta que existen numerosas variantes de la democracia entre las diversas naciones, que existen

⁶⁶ Schumpeter, Joseph op. “Capitalismo, socialismo y Democracia” (páginas 319 y 5 pág. 343)

⁶⁷ García Pelayo, Manuel “Derecho Constitucional Comparado” Alianza Universidad Textos, página 169.

⁶⁸ Häberle, Peter. “El Estado Constitucional”. Editorial Astrea , p. 318

igualmente ante el foro del estado constitucional como tipo. La concepción de la democracia también cambia en el curso de la historia (constitucional), así como en el espacio y el tiempo. La democracia del Estado Constitucional requiere constantemente de reformas, por ejemplo, por medio del mejoramiento de la protección de las minorías, mediante el fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, por medio del impedimento de que un poder económico muy grande se transforme en poder político, o mediante la limitación del financiamiento público a los partidos, así como por el desarrollo de competencias de control de la jurisdicción constitucional...⁶⁹

Nótese aquí lo indisociable de los conceptos democracia y estado constitucional, y lo consustancial que es a una Constitución la idea de Democracia. Porque como ya he sostenido en otras oportunidades el ideal de autodeterminación encuentra su cabida en el marco de las constituciones que, a la par de colocar al hombre frente al poder en una posición eminente, establecen las formas en que las instituciones se componen y funcionan poniendo en valor y acto aquel principio.

Por otro lado, el Estado Constitucional es el mejor instrumento para asegurar la libertad de esa autodeterminación en el marco de la heterogeneidad que es propia de las sociedades y que hace a la existencia de grupos de personas que pueden disentir con la opinión mayoritaria y a las que debe respetarse y protegerse, también como fundamento elemental.

El Estado Social de derecho:

Según Häberle, el principio de estado social de derecho es un logro de la ciencia jurídica y de la practica constitucional alemana, destacándose entre sus clásicos a H. Heller por su difusión del estado social y a Carld Schmith uno de los más influyentes padres de la Ley Fundamental de Bonn.

En el pensamiento Haberliano, las formulas que atañen muchas veces el concepto de estado social de derecho, pueden variar, no obstante su esencia es única: un estado constitucional comprometido con la justicia social. En Europa , las constituciones expedidas con éste espíritu surgieron después de la segunda guerra mundial, destacando entre ellas

⁶⁹ Häberle, Peter, op.cit. página 318/319

la de Italia (1947), Grecia (1975) y España (1976); en cuanto a Sudamérica menciona a la Constitución Política de Brasil (1988) y la de Perú (1979).

Haciendo una comparación jurídica, son comunes a los estados constitucionales desde el punto de vista formal, principios tales como la supremacía de normas, la sujeción a ley, división de poderes, derechos humanos mientras que desde el punto de vista social se enfoca una protección y ayuda a los débiles; no obstante en el centro se encuentra el problema de la seguridad jurídica y dentro de este: la retroactividad de la norma, su incertidumbre; la validez de los actos administrativos, la cosa juzgada, entre otros; ante la cual si bien es cierto en el estado social de derecho se ha dado amplio margen al legislador para su configuración, la garantía mínima para que exista es la dignidad humana.

Política Constitucional y Utopías:

La tesis de una utopía constitucional como ciencia de los textos y cultura señalan que las utopías constituyen un género literario sui generis mediante el cual se puede asegurar la legitimidad o la crítica de determinado proceso, en ese modo ofrecen algunas veces experiencias y otras esperanzas.

Puesto que el estado constitucional es un producto cultural, muchas veces las utopías sirven de catalizadores o de mejores fomentadores de su constitución, prueba de ello es la unión interracial de Martín Luter King, no obstante éstas utopías pueden ser positivas como “La Paz Perpetua” de Kant y negativas como la del filme “Fahrenheit 451”. Así la teoría constitucional y el tipo de estado constitucional, según él, está llamada para dar un “quantum de utopía” como forma de promoción de las libertades culturales, dentro de un contexto de responsabilidad, generando esquemas normativos propios urgentes como los del medio ambiente por ejemplo; así los textos constitucionales están llamados a normar esperanzas definiendo culturalmente sus realidades, así vistas las utopías son un pedazo de patrimonio cultural del estado constitucional.

CONCLUSIONES:

1. Del Derecho Alemán procede la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, el iusnaturalismo latente en la concepción de los derechos y libertades, o las garantías jurídicas de los mismos, especialmente en el contenido esencial de los derechos fundamentales. También algunas restricciones al parlamentarismo,

como la moción de censura constructiva y buena parte del sistema de justicia constitucional. Igualmente algunas normas de la distribución territorial del poder, proceden del modelo federal alemán”.

2. En los que respecta al constitucionalismo Alemán, desde el periodo de vigencia de la Constitución de Weimar a la Ley Fundamental de Bonn y hasta nuestra fecha, han marcado un hito doctrinario las ideas vertidas por destacados juristas; entre ellos: Herman Heller, Carl Schmitt, Rudolf Smend, Konrad Hesse y a la fecha Peter Häberle; autores cuyas ideas centrales tuvieron como base el pensamiento iniciático sobre este rubro impulsado por el gran Hans Kelsen.
3. Sólo en el siglo XX apareció un verdadero esquema de control de constitucionalidad de leyes europeo: el Tribunal Constitucional ideado por Hans Kelsen. A diferencia del diseño americano que había comenzado a moldearse desde el siglo precedente, Kelsen, propuso que el control de constitucionalidad quedara concentrado en las manos de un órgano creado específicamente para “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. En sus propias palabras: “la justicia constitucional se presenta –en última instancia– como una garantía de paz política en el interior del estado”.
4. Así como la Constitución de la República de Weimar puede ser considerada el primer ejemplo histórico de una democracia constitucional, la obra de Kelsen puede asumirse como la primera teoría que se ocupó de los dos sistemas que integran al modelo, el constitucionalismo y la democracia, en su versión contemporánea.
5. Para Heller la Constitución de un Estado coincide con la organización del mismo, en la medida en que esta es producida por una actividad humana consciente, es el reflejo de una situación política real, renovada constantemente mediante actos de voluntad.
6. Para Schmitt, la doctrina normativista de Hans Kelsen está marcada por dos deficiencias insuperables que descartan su utilidad. La primera de estas deficiencias o taras del *normativismo* es su incapacidad para enfrentarse satisfactoriamente al problema de la positividad del derecho. La segunda es la extraordinaria estrechez de su punto de vista., ya que la producción del derecho positivo, todos los conflictos por la determinación en uno u otro sentido de la identidad política de una comunidad y de las reglas de juego de su vida social que el derecho, en buena medida, se limita a ordenar y garantizar, no tienen el menor interés para el teórico entregado a la resolución de los problemas formales que presenta la sistematización y racionalización de proposiciones normativas.

7. Pueda caracterizarse la doctrina constitucionalista de Smend, desde una perspectiva negativa, por ser antipositivista y en cuanto a su exposición por su complejidad (y hasta oscuridad) y desde un punto de vista de su formación positiva, por un carácter integracionista armonizante. Así, la gran obra de Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, es, a la postre, la hermenéutica que hoy se ha impuesto en toda Europa y más allá. Smend ya se había enfrentado a la interpretación positivista literal que predominaba en su época, en el que, rompiendo con la rígida separación entre Ser y Deber Ser de la época, introdujo la conexión entre la realidad y el Derecho estableciendo que esa realidad había de ser integrada en la interpretación.
8. Peter Häberle establece la existencia de un estado constitucional cuyo signo centralmente distintivo lo constituye la Dignidad Humana como premisa antropológica cultural y la democracia como su consecuencia organizativa, todo ello basado en un proceso de desarrollo histórico y un marco teórico propio que incluso no cierra sus puertas a la utopía como principal catalizador de esperanzas y consolidación de realidades, dentro de ciertos límites de responsabilidad.

9.

BIBLIOGRAFÍA:

1. **ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL:** MANUAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. EDITORIAL ASTREA. BUENOS AIRES 1982.
2. **BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA:** “LAS AUTONOMÍAS TERRITORIALES Y EL PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE LAS CONDICIONES DE VIDA”. EDITORIAL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. MÉXICO 1988
3. **BETANCOR, MONTOYA, PELÁEZ Y BOTERO:** “DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL” 2DA EDICIÓN. MEDELLÍN, 2006
4. **BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN:** “ENSAYOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DE CIENCIA Y DE CÁTEDRA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN - SMEND, RUDOLF”. PRIMERA EDICIÓN. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. 2005
5. **BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN:** “LA DOCTRINA DE SMEND COMO PUNTO DE INFLEXIÓN DE LA HERMENÉUTICA Y CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA SEGUNDA POSGUERRA” COMUNICACIÓN PRESENTADA EN LA “JORNADA SOBRE ORIENTACIÓN Y MÉTODO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL” EN LA SEDE DE LA UNED EN MADRID, EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2007.

6. **CARPIZO, JORGE:** ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, UNAM, MÉXICO, 1980
7. **E. GARZÓN VALDÉS,** DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, MADRID 2000.
8. **F. DE LOS RÍOS:** MI VIAJE A LA RUSIA SOVIETISTA (1921), FUNDACIÓN FERNANDO DE LOS RÍOS, MADRID, 1994.
9. **GARGARELLA, R.** JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL. 1996
10. **GARCÍA-MANSILLA, M.** ESTADO ACTUAL DEL DEBATE SOBRE EL CONTROL DE JUDICIAL CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS. BUENOS AIRES. ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. 2009
11. **GARCÍA PELAYO, MANUEL** “DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO” ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS, MADRID. 2000.
12. **GARCÍA CUADRADO, ANTONIO:** “EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL: UN ENFOQUE HISTÓRICO Y FORMAL DE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS FUENTES DEL DERECHO” 1ª EDICIÓN. EDITORIAL CLUB UNIVERSITARIO. ALICANTE, 2002
13. **KELSEN, HANS:** LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL)”, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, MÉXICO, 2001, (CITO DE LA EDICIÓN CONTENIDA EN ESCITOS SOBRE DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO, EDITORIAL DEBATE, MADRID, 1988
14. **PINTORE,** “DEMOCRACIA SENZA DIRITTI. IN MARGINE AL KELSEN DEMOCRATICO” EN SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, 2, 1999. CFR. TAMBIÉN DE ESTA MISMA AUTORA A. PINTORE, I DIRITTI DELLA DEMOCRACIA, LATERZA, ROMA-BARI, 2003.
15. **N. BOBBIO,** “LA REGLA DE MAYORÍA: LÍMITES Y APORÍAS” EN FERNÁNDEZ SANTILLÁN (COMP) NORBERTO BOBBIO: EL FILÓSOFO Y LA POLÍTICA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, MÉXICO, 1996
16. **NOGUEIRA ALCALÁ., HUMBERTO Y CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO:** INSTITUCIONES POLÍTICAS Y TEORÍA CONSTITUCIONAL, TOMO II, EDITORIAL UNIVERSIDAD DE TALCA, TALCA, 2001
17. **HELLER, HERMANN.** “¿RECHTSSAAT ODER DIKTATUR?, CITADO POR MEIL LANDWERLEIN, GERARDO. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: FORSTHOFF Y ABENDROTH. DOS INTERPRETACIONES TEÓRICAS PARA DOS POSICIONES POLÍTICAS. EN REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS (NUEVA ÉPOCA) Nº 42. MADRID, 1984
18. **HELLER, HERMANN:** TEORÍA DEL ESTADO, FONDO DE CULTURA DE ECONÓMICA, MÉXICO, 1977
19. **HELLER, HERMANN:** EUROPA Y EL FASCISMO, (TRADUCCIÓN DE F. J. CONDE Y ESTUDIO PRELIMINAR DE J. L. MONEREO PÉREZ), COMARES, GRANADA, 2006, (CAPÍTULO I).

20. **JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ** : LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL. SCHMITT EN WEIMAR, ARIEL, BARCELONA, 1989.
21. **H. HELLER**: LA SOBERANÍA, TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE MARIO DE LA CUEVA, F.C.E., 1995
22. **HERNANDO DÍAZ CANDIA**: “LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES”, EN TOMO I DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO: HOMENAJE A LUIS FARIAS MATA/COORDINADOR RAFAEL BADELL MADRID. EDITORIAL TEXTO C.A. UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO, PRIMERA EDICIÓN, CARACAS. 2006
23. **LOPEZ MEDINA, D.** TEORÍA IMPURA DEL DERECHO. 3º REIMPRESIÓN. BOGOTÁ: LEGIS. 2004
24. **RINCON S., J.** “LA SOBERANÍA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR” EN: REVISTA UNIVERSITAS N° 115, ENERO-JUNIO VOL. 2.
25. **PETER HÄBERLE**: “EL ESTADO CONSTITUCIONAL” TRADUCCIÓN DE DIEGO VADALÉZ, FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. 2003. PP. XXIII¹ TRADUCCIÓN DE JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO.
26. **JACKSON, KENNETH T.** LA ENCICLOPEDIA DE LA CIUDAD DE NUEVA YORK: LA SOCIEDAD HISTÓRICA DE NUEVA YORK, YALE UNIVERSITY PRESS, 1995.
27. **PETER HÄBERLE**: NUEVE ENSAYOS CONSTITUCIONALES Y UNA LECCIÓN JUBILAR, PRESENTACIÓN Y EDICIÓN A CARGO DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, PALESTRA/APDC, LIMA, 2004,